

ACTUALIDAD JURIDICA

Año X

N° 20

Julio 2009

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

TOMO I

Principales
Reformas Jurídicas
del Decenio

Desafíos pendientes



Universidad del Desarrollo
SANTIAGO – CONCEPCION



ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año X, N° 20 - Julio 2009

TOMO I



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

José Manuel Díaz de Valdés J.

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

TOMO I

- **Presentación** 5

Tema Central: *Principales reformas jurídicas del decenio*

- **Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009.** M. Bravo R. - E. Silva M. 11
- **La reforma constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes.** J. M. Díaz de Valdés J. 35
- **Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.** P. Rodríguez G. 71
- **Corte Suprema y Gobierno Judicial: un programa de reformas.** J. F. García G. 81
- **Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal.** R. Tavolari O. 123
- **Claves de la Reforma Procesal Civil.** M. Rojas S. 143
- **El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno.** A. Romero S. 163
- **Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia.** H. Rosende A. 195
- **Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009.** C. Halpern M. - H. Humeres N. 215
- **Diez años de reformas tributarias.** C. Blanche R. 237
- **Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes.** F. Pfeffer U. 297
- **Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos diez años (período 1999-2009).** S. Huidobro M. 347

Ensayos y Estudios (1)

- **Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias.** P. Rodríguez G. 365
- **Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suíza.** J. R. de Verda y Beamonte... 445

Presentación

“Actualidad Jurídica” celebra con este número sus primeros diez años de existencia. Durante este largo espacio de tiempo nos hemos esforzado por dar continuidad a esta publicación y transformarla en un referente de los estudios e inquietudes de los hombres de derecho. Es por ello que hemos acogido en estas páginas todo trabajo que por su calidad académica merecía difundirse, más allá de cualquier otra consideración. Damos así testimonio de cumplir uno de los compromisos asumidos al momento de fundarse esta revista: pleno respeto por las opiniones, los autores y la temática abordada. No es fácil cumplir este propósito, puesto que ello requiere de una indiscutible objetividad para alentar la ejecución de estudios, comentarios y análisis sobre los temas de mayor trascendencia en la actividad jurídica, casi siempre contaminados con otras materias e influencias de muy diversa índole. No rehuimos tampoco la polémica y, por el contrario, hemos agitado temas controvertidos que sabemos interesan a abogados, jueces y estudiantes.

Una revista de esta especie es un vehículo del pensamiento, sin el cual éste no podría exteriorizarse ni doblegar la resistencia que ofrecen, casi siempre, las ideas innovadoras. El derecho es por naturaleza una disciplina tradicional y conservadora. Lo anterior porque, casi siempre, sólo se institucionalizan aquellos cambios sociales ya producidos y consolidados. Por lo mismo, es preocupación esencial de los juristas dar estabilidad al sistema normativo y evitar la precariedad de las instituciones que regulan la vida social; pero, también, todos entendemos que no pueden las normas anquilosarse sin afectar el progreso y la evolución que impulsan aquellas fuerzas que operan en las raíces de la comunidad. De aquí que, sin afectar la seguridad jurídica, deban estimularse los mecanismos que permitan al derecho encarar las realidades emergentes. Lo que señalamos cobra especial importancia en este momento, puesto que vivimos una “revolución tecnológica”, unida a un proceso de “globalización” que universaliza el conocimiento, todo lo cual nos obliga a revisar constantemente sistemas, procedimientos y métodos que parecían intocables. Lo indicado justifica la importancia que asignamos al hecho de medir y aquilatar las transformaciones experimentadas por el sistema legal en los últimos diez años, década en la que se han modificado muchas instituciones hondamente arraigadas en la conciencia jurídica; igualmente importante es proyectarse en el tiempo para descubrir qué rumbo tomará en el futuro inmediato esta acelerada renovación. Hasta aquí nuestra limitada percepción de lo que nos espera en el corto plazo y lo que deberemos encarar sin reticencias.

“Actualidad Jurídica” ha incorporado en sus páginas breves monografías sobre aquella temática que mayor incidencia tiene, por lo general, en la actividad docente, jurisdiccional, administrativa y legislativa. Creemos que es ésta la forma más eficiente de colaborar con quienes están haciendo y rehaciendo el derecho constantemente. Cada día se evidencia con más fuerza la función creativa del hombre de derecho y la creciente utilización de los medios de que dispone para adecuar la norma a la regulación de las nuevas demandas que abre el progreso de la ciencia y la tecnología. De ello arranca la necesidad, siempre imperiosa, de que el abogado esté inmerso en el mundo social, enfrentado a los requerimientos que éste impone, sin transformarse en un escollo que obstruya el progreso. Por ende, el abogado debe cultivar una especial sensibilidad social, que le permita descubrir aquellos conflictos que se manifiestan en el trasfondo de la comunidad, todos los cuales deben encauzarse por la vía jurídicas y someterse al mandato imperativo de la norma.

Las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo (Santiago y Concepción) renuevan en este aniversario su compromiso de seguir esforzándose por hacer realidad los propósitos que las animaron al dar nacimiento a “Actualidad Jurídica”. Del mismo modo, dejan testimonio de su gratitud para con todos aquellos que han hecho posible esta publicación, su difusión y contenido. Deseamos mantener con los lectores de nuestra Revista una relación más estrecha, conocer sus preferencias y el mérito que asignan a los trabajos publicados. Asimismo, creemos que es éste un buen medio para mantener un contacto fluido, especialmente, con los nuevos egresados y alumnos de postgrado. Hoy, más que nunca, es cierto aquello de que el abogado que no sigue estudiando será cada día menos abogado.

La presente edición (N° 20) contiene una serie de comentarios sobre las materias que han experimentado, en el curso de los últimos 10 años, mayores innovaciones. Hemos creído oportuno hacer un alto en el camino para evaluar, resumidamente, el contenido y proyección de las nuevas políticas legislativas y su aplicación práctica. Procuramos con ello que nuestros lectores aprecien no sólo las tendencias, sino también el contenido de las reformas del decenio. Paralelamente, hemos querido identificar aquellas áreas que reclaman innovaciones con más urgencia. No nos asiste la menor duda sobre que nos falta, aún, mucho camino que recorrer en el empeño por perfeccionar el “estado de derecho”, tarea común de todos quienes se dedican a la actividad jurídica. Preocupación especial merece lo que hemos llamado “subversión de los valores”, lo cual se expresa en las reformas legislativas más importantes y en las preferencias que los jueces dejan consignadas en sus decisiones. Imperceptiblemente, se han abierto espacio concepciones no pocas veces reñidas con instituciones que, hasta hace pocos años, parecían sacrosantas. Así, por ejemplo, ocurre en el campo del derecho internacional y su relación

con el derecho interno, con las limitaciones al ejercicio de la soberanía, con el reconocimiento de una jurisdicción extraterritorial, con el respeto por el individuo como centro de la vida en sociedad, etcétera. Probablemente no hayamos dimensionado todo lo que esto implica para el ejercicio de las potestades públicas, la vida en común y, particularmente, para la actividad que demandará el futuro de los abogados. El siglo XXI ofrece innumerables desafíos que no será posible eludir.

Esperamos con este número haber concluido la primera etapa de esta publicación y reiniciar una segunda etapa con mayor ímpetu y entusiasmo. Estamos satisfechos del trabajo realizado, pero ello deberá servirnos de estímulo para seguir en la misma dirección. Gratitud a todos nuestros lectores y, muy especialmente, a los que han aportado su valioso esfuerzo para dar forma a esta inquietud académica que consideramos ampliamente lograda.

EL DIRECTOR

Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el período 1999-2009

Mauricio Bravo Rojas
Ernesto Silva Méndez

Facultad de Gobierno
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

Las sociedades democráticas enfrentan el complejo desafío de generar, por una parte, estabilidad y consistencia en las normas a lo largo del tiempo, y, por otra parte, de disponer de la capacidad de adecuarse a los cambios que la sociedad va reflejando y manifestando a través de los años.

Para ello, el derecho se constituye como uno de los instrumentos más relevantes y significativos, pues regula la generación de normas jurídicas, su mantención, su modificación y aplicación a lo largo del tiempo.

Nuestro país ha enfrentado una etapa muy especial de desarrollo jurídico en las últimas décadas. A partir del gobierno militar se inicia una etapa de características muy especiales en la generación de normas jurídicas, tanto por los órganos llamados a crearlas, como por el contenido y profundidad de las reformas que han sido abordadas desde los años setenta.

Uno de los ámbitos desarrollados con profundidad desde esa época ha sido la forma y organización del Estado, pues se ha considerado que su adecuada definición y regulación es fundamental para el desarrollo de la sociedad.

A partir de los años noventa comienza a ponerse en movimiento de forma sistemática la institucionalidad creada en las décadas de los setenta y ochenta, estructurada principalmente a partir del texto de la Constitución Política del Estado de 1980.

Ya en los gobiernos de Aylwin y Frei se inicia lo que se ha denominado como un período de transición democrática que permitió observar con mayor detalle el funcionamiento de las instituciones diseñadas y creadas en los setenta y ochenta.

Así, se empezó a acumular experiencia en la capacidad de las instituciones de responder a los desafíos que la sociedad enfrentaba, planteándose la necesidad de adecuar ciertas instituciones de la organización del Estado para proveer de forma más eficiente los bienes y servicios que corresponde al aparato público proveer.

La década 1999-2009, que cubre los diez años de publicación de la Revista Actualidad Jurídica, corresponde a un período fructífero de modificaciones y reformas jurídicas que inciden en la organización del Estado y del aparato público en general. En este decenio, tres presidentes han conducido al país: Eduardo Frei Ruiz-Tagle hasta marzo de 2000, Ricardo Lagos entre 2000 y 2006, y Michelle Bachelet entre 2006 y la actualidad.

El presente comentario se organiza de la siguiente forma. En primer lugar, se especifica el alcance del concepto de reforma del Estado como una especie de reforma jurídica. Luego, se analizan las reformas jurídicas que han incidido en la organización y modernización del Estado, presentando el contexto en el cual surgen y describiendo los principales contenidos de las mismas. A continuación, se plantean algunos de los desafíos futuros del proceso de reforma y modernización del Estado, para ofrecer finalmente algunas conclusiones acerca de lo sucedido en esta última década.

2. Reformas jurídicas con énfasis en las reformas del Estado

En Chile, desde 1999 a la fecha, se han realizado más de 750 reformas jurídicas con el objeto de construir un marco legal más eficiente en el respeto de los derechos y libertades, tanto comunes como individuales. Por ejemplo, las reformas al Código Civil, la reforma procesal penal o la reforma de responsabilidad penal juvenil, entre muchas otras, fueron desarrolladas con la finalidad de perfeccionar la anterior legislación con miras a alcanzar un mejor funcionamiento de las instituciones ante un nuevo contexto y desarrollo social.

Todo cambio institucional debe realizarse dentro del marco jurídico del país. En ciertos casos bastarán las capacidades reglamentarias de la autoridad ejecutiva. En otros casos –la mayoría– se requerirá legislación para implementar modificaciones.

Una de las dimensiones interesantes de analizar dentro de las reformas jurídicas son las reformas que buscan la modernización de la estructura y organización del Estado. Ese es el foco de este trabajo, consistente en analizar algunas de las principales reformas jurídicas que afectan la organización del Estado en la última década.

Para un correcto análisis de estos cambios, es necesario precisar y caracterizar con mayor profundidad aquellas reformas orientadas a modernizar la administración de la burocracia estatal. Debemos entender, por ejemplo, qué significa reforma del Estado y qué enfoques teóricos existen para analizar estos cambios.

Se distinguen al menos dos tipos de reformas del Estado. Existen, por una parte, las denominadas reformas institucionales y, por otra parte, las denominadas reformas sustanciales. Las reformas institucionales se refieren a la organización de las instituciones públicas, mientras que las reformas sustanciales se refieren al contenido de la acción del Estado.

Echevarría (2000) focaliza su análisis en las reformas institucionales, es decir, aquellas que se relacionan con la organización de las instituciones. Son este tipo de reformas las que más propiamente pueden considerarse como reformas del Estado. Echevarría divide estas reformas institucionales, a su vez, en dos clases de reformas. En primer lugar identifica las denominadas reformas políticas, y en segundo lugar identifica las denominadas reformas administrativas. La reforma política tiene por objeto transformaciones en la asignación del poder político a través de las instituciones, es decir, consisten en mecanismos para modificar la forma en que las autoridades son electas, el poder de las autoridades y, en general, la distribución del poder político entre los distintos grupos interesados del sistema. En el caso chileno serían materia de reforma política las modificaciones al sistema electoral binominal, la modificación de la integración y composición del Congreso, la modificación del régimen presidencial y su eventual sustitución por otro, etc.

La reforma administrativa, por su parte, consiste en cambios en la administración pública orientados generalmente a un mejor funcionamiento del aparato público. En este tipo de reforma no está en juego una nueva distribución de fuerzas entre los actores políticos del sistema, sino modificaciones a la estructura y organización del Estado para perseguir nuevos fines, normalmente asociados a la eficiencia y calidad en la prestación de servicios a las personas.

Para efectos de este comentario, el proceso analizado corresponde principalmente a las reformas administrativas que surgen del proceso de reforma y modernización del Estado que ha tenido lugar en la última década y que fue impulsado con más fuerza a partir del año 2003. Esto implica que –siguiendo

la clasificación de Echevarría– no son parte del análisis central de este trabajo las reformas sustanciales, ni las reformas institucionales de carácter político.

En materia de reforma administrativa propiamente tal, existen distintas definiciones. Pollitt y Bouckaert (2004) señalan que la reforma administrativa (*public management reform*) consiste en “cambios deliberados a las estructuras y procesos de las organizaciones del sector público con el objetivo de hacerlas funcionar mejor en algún sentido”.

De la definición de Pollit y Bouckaert surgen diversos elementos para el análisis. El primero es que se trata de cambios deliberados, es decir, generados con una intención en particular, orientados por un objetivo en la acción. En segundo lugar, estos cambios afectan tanto a las estructuras como a los procesos, siendo susceptible de análisis la creación o modificación de instituciones, como la modificación de los procesos que las instituciones realicen, aun cuando éstas se mantengan intactas en su forma y estructura. En tercer lugar, para ser consideradas reformas administrativas, se requiere que afecten a organizaciones del sector público. En cuarto, y último lugar, estas reformas se realizan con el objetivo de hacer funcionar las instituciones de mejor forma en algún sentido.

Esta búsqueda de mejor funcionamiento “en algún sentido” admite la presencia de distintos enfoques y objetivos al plantear una modificación en una organización pública. Esa diversidad puede implicar que en un gobierno se efectúen ciertas modificaciones en una organización inspiradas en un determinado objetivo, y que en el siguiente gobierno vuelva a ser modificada, pero ahora inspirada en un objetivo diferente.

Dada esta complejidad, y dada la diversidad de enfoques esgrimidos para modificar y reformar el Estado desde su estructura administrativa, es necesario identificar las principales ideas que inspiran las reformas tendientes a mejorar la Administración Pública. Peters (2001) sistematiza las distintas visiones en cuatro enfoques principales: ideas de mercado, ideas de participación, ideas de desregulación e ideas de flexibilidad del gobierno. A continuación se describe cada una de ellas.

- a) Ideas de Mercado: La creencia que el Estado puede ser más eficiente y eficaz si adopta criterios de mercado ha sido pilar de procesos de reforma administrativa como los desarrollados en Inglaterra bajo el gobierno de Margaret Thatcher. La apuesta de este enfoque es introducir en los procesos del Estado incentivos y estructuras que recreen ambientes de mercado, dado que en ellos el desempeño de los individuos –y por tanto de sus organizaciones– debiera ser mejor.¹

¹ Ver Horn (1995), entre otros.

- b) Ideas de Participación: Principalmente, se argumenta que el gobierno no da espacios suficientes de participación, tanto al interior de las organizaciones públicas como a los ciudadanos que interactúan con ellas. Así, sus impulsores estiman que las organizaciones del sector público tendrán un mejor desempeño en la medida que quienes trabajan en ellas puedan tener un rol más activo en las decisiones acerca del funcionamiento de dicho organismo y, más aún, en las decisiones que los involucran a ellos mismos.
- c) Ideas de Desregulación: Los impulsores de la desregulación administrativa, señalan que el principal problema de la Administración del Estado es la excesiva regulación que existe en el sector público, ya sea como resultado de procesos sucesivos y no siempre consistentes de reformas o bien por la acumulación de normas y procesos que afectan y previenen el actuar eficiente y efectivo de los directivos públicos. Así, se estima que una forma de contribuir a mejorar el desempeño de la Administración consiste en eliminar normas dando libertad al directivo o gerente público para identificar aquellos ámbitos que requieren flexibilizarse y desregularse de normas.
- d) Ideas de Gobierno Flexible: Se señala que la estabilidad del gobierno puede atentar contra la eficiencia en la gestión, dado que dicha estabilidad conduce a la construcción de patrones de comportamiento y procesos que no siempre son capaces de adaptarse a los entornos cambiantes. Así se construyen organizaciones que por aprendizaje y cultura se transforman en aparatos rígidos, no adecuados para enfrentar los cambios.

Identificadas ya las ideas que inspiran un proceso de cambio en la administración del Estado, es necesario también entender los instrumentos que suelen utilizarse para traducir esas ideas en cambios concretos. El mismo Peters aporta una buena síntesis de los principales vehículos de reforma y sus contenidos específicos:

- a) Desconcentración y creación de agencias o servicios públicos: En muchos casos un mismo organismo público reúne tareas de definición de políticas públicas y al mismo tiempo dispone de tareas de implementación de planes y programas. Con la finalidad de garantizar decisiones técnicas, no influenciadas por elementos políticos, se ha decidido separar ambas funciones, asignando a organismos diferentes las tareas respectivas. Así, una institución tiene la tarea de definir la política, mientras que otra tiene el rol de implementarla. Nueva Zelanda e Inglaterra serían ejemplos de este tipo de reformas.
- b) Gestión del personal: En la literatura moderna sobre gestión pública, la gestión de las personas ocupa un lugar fundamental, pues un marco adecuado de selección y desarrollo del personal puede conducir a las organizaciones a

altos niveles de desempeño. En ese sentido, existen reformas conducentes a introducir pagos por desempeño, a otorgar más flexibilidad a los directivos, a incluir lógicas de gestión de recursos humanos en los procesos de toma de decisiones en las organizaciones, entre otras iniciativas. Este tipo de modificaciones suelen enfrentar el dilema de otorgar flexibilidad en la gestión, por una parte, y no arriesgar la protección del empleo público, por la otra.

- c) Acercar el Gobierno a los consumidores: El "ciudadano-consumidor" es uno de los disputados conceptos que han surgido en las últimas décadas. Este nuevo concepto demanda al Estado buscar formas de organización y servicio que permitan "atender" y "satisfacer" adecuadamente las necesidades de los ciudadanos. En las últimas décadas las personas han ido recogiendo más información sobre sus derechos, sobre el rol del Estado, y sobre la calidad esperada de los servicios que la autoridad pública se ha comprometido a proveer. Por ello, las personas han ido adoptando hacia el Estado una actitud más cercana al rol de un consumidor que a la de un ciudadano, exigiendo estándares de servicio, velocidad en la atención, entre otros requerimientos. Esto ha ido acompañado también de un cambio en el enfoque por parte de ciertas autoridades públicas, quienes han asumido un rol de atención al ciudadano en esquemas de mayor preocupación y transparencia.

Así, existen iniciativas que buscan entregar mayor participación al ciudadano, por ejemplo, en los procesos de toma de decisiones. En el caso de Chile, existen distintos enfoques para concretar esta idea. Un ejemplo que destaca es el trabajo desarrollado en la última década por la Municipalidad de Providencia, que ha puesto al ciudadano-cliente en el centro de su tarea, desarrollando procesos de certificación de calidad ISO, consultas ciudadanas, entre muchas otras iniciativas.

- d) *Accountability*: Este término, que no tendría una adecuada traducción a nuestro idioma, es reconocido como el conjunto de iniciativas relacionadas a la actitud de los funcionarios públicos de rendir cuenta de sus actos y de los resultados de sus gestiones. Iniciativas de rendición de cuentas, mayor transparencia y responsabilidad por los resultados son contenidos específicos de reformas que se introducen en la gestión administrativa del Estado. Así, se plantean propuestas que van en la línea de hacer responder a los directivos ante los ciudadanos de la forma en que usan los recursos públicos y los resultados que obtienen en dicho proceso.

En síntesis, las reformas administrativas se fundamentan en ideas tanto de mercado, participación, desregulación, como de flexibilidad del gobierno. Asi-

mismo, en éstas están presentes iniciativas que buscan separar las decisiones políticas de las decisiones técnicas; generar una gestión eficiente de los recursos humanos del sector público; aumentar la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones y, por último, aumentar los mecanismos de rendición de cuentas, a través de mayor transparencia y responsabilidad por los resultados de la gestión del Estado.

En el siguiente capítulo abordaremos el contexto histórico en el cual comenzó el proceso de Reforma y Modernización del Estado junto con la descripción de las principales normativas que sustentan este procedimiento.

3. Contexto histórico de la reforma del Estado chileno y sus principales leyes

En nuestro país, los primeros esfuerzos concretos por dar mayor eficiencia a la gestión pública comenzaron a desarrollarse a partir de los años setenta, a través de importantes reformas de carácter institucional. La mirada central fue asignar un rol subsidiario al Estado –con menos empresas públicas y más emprendimiento privado– reduciendo la burocracia y fomentando un Estado más eficiente. “La Administración Pública también fue objeto de reformas en el período militar. Se aprobó la escala única de sueldos de los funcionarios; las bases legales de la Administración Pública chilena; el estatuto laboral de los funcionarios públicos; y la descentralización administrativa, “regionalizando” el país. También se inició la modernización emblemática del Servicio de Impuestos Internos. El empleo público se redujo en un 30% de manera radical y brusca” (Waissbluth, 2006).

Estos cambios fueron acompañados de importantes reformas sustanciales, es decir, aquellas relacionadas al contenido mismo de la acción pública.

Habiendo transcurrido algunas décadas de implementación de estos cambios, comienza a surgir la necesidad de revisar los diseños institucionales y las tareas administrativas de las organizaciones públicas. A partir de los años noventa y con la nueva institucionalidad en pleno funcionamiento, se observa una serie de intentos de reformas administrativas y políticas. Por ejemplo, en el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994) se propusieron modificaciones como la elección directa de las autoridades municipales y la dotación de mayor autonomía a las autoridades regionales y comunales, es decir, reformas de carácter principalmente político. Es en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000) cuando se inicia una verdadera agenda de modernización del Estado con foco en reformas de carácter administrativo. En este periodo se impulsaron medidas como suscripción de compromisos de modernización por parte de las institu-

ciones, programas de evaluación de proyectos gubernamentales; se incorporaron nuevas tecnologías de información en importantes servicios, entre otras reformas a la Administración (Ramírez, 2002). “Otras reformas transversales, cuyo diseño comenzó con Frei y culminó con Lagos, fueron el Portal Chile Compra, el programa de Oficinas de Información y Reclamos para los usuarios de servicios públicos, OIRS, entre otras” (Waissbluth, 2006).

El gobierno de Eduardo Frei fue seguido por el de Ricardo Lagos (2000-2006) y el de Michelle Bachelet (2006-2010), quienes aseguraron para la Concertación de Partidos por la Democracia veinte años continuos en el poder (1990-2010).

Tras casi dos décadas en el poder, comienzan en estos gobiernos a salir a la luz un conjunto de problemas de probidad al interior de la Administración del Estado. De esta forma, las necesidades de modernización van a surgir ya no sólo de la necesidad estratégica de alcanzar nuevos niveles de eficiencia en la gestión, sino de la necesidad fundamental de controlar los abusos que pueden surgir al interior de la Administración Pública, transformándose en prioritario el deber de controlar con mayor celo y cuidado los recursos públicos.

En este contexto, en el año 2002 se destaparon graves problemas de faltas a la probidad que afectaron la credibilidad del gobierno, surgiendo un profundo cuestionamiento a la institucionalidad de la Administración del Estado. Por ejemplo, se acusó al Subsecretario de Transportes de la época y a tres parlamentarios de gobierno de influir indebidamente para beneficiarse de la obtención ilegal de permisos de funcionamiento para plantas de revisión técnica de vehículos y, más aún, de haber recibido pagos indebidos por parte de privados.

Más tarde, fue procesado y detenido Carlos Cruz, quien sucedió a Ricardo Lagos como Ministro de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones. Esta detención y procesamiento surge también de la discusión sobre la forma de asignación y resguardo de los recursos públicos. Durante el proceso de investigación de los diversos hechos, el ex Ministro Cruz habría reconocido que los miembros del gabinete de Ministros recibían mensualmente un complemento informal de su remuneración, lo que ha sido denominado informalmente como “sobresueldo”.

Este dinero generado en forma irregular –pues al parecer sus recursos surgían de fondos de carácter reservado de los ministerios– tenía por objetivo hacerse cargo de las bajas remuneraciones de los altos directivos de la Administración Pública, incluyendo incluso a las más altas autoridades del país.

Estos y otros problemas de probidad generaron hacia fines del año 2002 e inicios del año 2003 un ambiente de inestabilidad política e institucional. Los

partidos políticos, bajo la conducción del Presidente Lagos, acordaron como respuesta a este entorno un conjunto de iniciativas orientadas a modernización del Estado en distintos ámbitos, a través del denominado Acuerdo de Reforma y Modernización del Estado, suscrito por los presidentes de los partidos políticos en La Moneda el 30 de enero del año 2003. Este acuerdo dio lugar a la denominada Agenda Corta de Modernización del Estado, cuyos proyectos emblemáticos debían ser despachados por el Congreso antes del Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2003.

Esta agenda constituye el punto fundamental en el proceso de reforma administrativa de la última década, puesto que muchos de los cambios fundamentales surgen de este paquete de consensos. El acuerdo de modernización estructuró una agenda de cambios en torno a los siguientes ejes fundamentales: Gestión Pública, Gestión de Recursos Humanos, Gestión Financiera, Descentralización y Transparencia.

A partir del documento de acuerdo de modernización, surgen cuarenta y nueve iniciativas destinadas a perfeccionar la gestión y administración del Estado. Así, en el área llamada Gestión Pública se acordó, entre otras iniciativas, unificar los programas contra la extrema pobreza, avance materializado indirectamente a través del primer programa integral y coordinado con las distintas reparticiones públicas, el Chile Solidario.²

En esta misma área, se propuso simplificar los procedimientos administrativos, iniciativa que se plasmó a través de la Ley 19.880, publicada el 29 de mayo de 2003, que estableció plazos más breves para la tramitación de los actos administrativos y los derechos de los ciudadanos en su relación con los órganos de la Administración del Estado.

Por otra parte, el acuerdo de modernización en su área de Gestión de Recursos Humanos, estableció diversas iniciativas, destacando el nivel de concreción y desarrollo de este ámbito del proceso modernizador de la Administración Pública. En el mes de junio del año 2003 se publicó la Ley 19.882 sobre Nuevo Trato Laboral y Sistema de Alta Dirección Pública, la cual crea un nuevo sistema de selección y gestión de los altos directivos públicos (el Sistema de Alta Dirección Pública o SADP) y una unidad especializada en la gestión de los recursos humanos al interior de la Administración Central del Estado (la Dirección Nacional del Servicio Civil).

El SADP separa de las normas tradicionales de la Administración del Estado a un grupo selecto de directivos públicos, cuyas labores se relacionan principalmente

² Esta reforma pertenece a la categoría de las reformas sustanciales.

con la implementación de las políticas públicas decididas en otros niveles de autoridad. Se establece que los directivos de los servicios públicos que implementan políticas serán elegidos por concurso a través del SADP, mientras que los directivos de servicios que definen políticas seguirán siendo designados directamente por la autoridad política, sin utilizar el mecanismo de concurso. De esta forma se separan los directivos entre aquellos que participan en la definición de políticas y aquellos que implementan y ejecutan las políticas decididas por otros. Se considera que los primeros son cargos de carácter político, y por lo tanto su designación y remoción debe responder a ese criterio. Los segundos son funcionarios técnicos, cuyo rol amerita una selección en base al mérito y no a consideraciones de carácter político.

Adicionalmente se crea la Dirección Nacional del Servicio Civil, con la finalidad de contar con un organismo que coordine y supervise los recursos humanos del sector público con altos estándares de transparencia, objetividad y eficiencia.

En síntesis, este nuevo marco legal define procesos de selección y nombramiento de directivos bajo criterios objetivos y transparentes sobre la base del mérito y no de sus contactos políticos. Además, se crean e implementan Convenios de Desempeño que regulan las metas y objetivos a alcanzar por parte de los directivos, los indicadores de desempeño y los criterios de evaluación de la gestión realizada mientras está en el cargo.

Dado que las remuneraciones habían demostrado en años recientes ser un problema de difícil solución para la Alta Administración, se incorpora un nuevo elemento a la remuneración. En efecto, los directivos pertenecientes al SADP recibirán un incremento en sus salarios, ya que percibirán una *Asignación de Alta Dirección Pública*. Tal componente puede llegar a alcanzar hasta un 100% del salario fijado por la Escala Única y su porcentaje dependerá del logro que alcance respecto de las metas establecidas en su convenio de desempeño anual.

Otro cambio importante que se estableció con esta nueva legislación es que los directivos de tercer nivel (Jefes de Departamento) dejan de pertenecer a la categoría de exclusiva confianza presidencial y pasan a ser funcionarios de carrera. Con esto se reduce la influencia política o pago de favores electorales en la designación de los cargos. Cabe hacer presente que esta modificación fue una concesión política que las coaliciones hicieron para lograr la adhesión de los funcionarios públicos a la creación de la nueva institucionalidad de la Alta Dirección Pública. La incorporación del tercer nivel a la carrera funcionaria constituyó un triunfo político para los funcionarios públicos organizados, y un retroceso para los objetivos de una gestión autónoma y por mérito al interior del Estado central.

En lo relativo a la Gestión Financiera, se han desarrollado dos iniciativas de gran importancia para la administración eficiente del Estado. Por una parte, se promulgó la Ley 19.886 sobre Compras Públicas, y, por otra parte, la Ley 19.875, que otorga el carácter de permanente a la comisión especial mixta de presupuestos. La primera de estas leyes establece las bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios al Estado, estipulando que todas las contrataciones que superen las mil unidades tributarias mensuales deberán ser sujeto de licitación pública. Se espera que esta nueva normativa logre un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado, lo que contribuiría a prevenir faltas a la probidad y abusos en la gestión de los recursos públicos.

Por su parte, la Ley 19.875 modifica el artículo 19 de la Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, con el objeto de dar carácter de permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos. Se establece "...que esta comisión podrá seguir funcionando para el solo efecto de realizar un seguimiento de la ejecución de la Ley de Presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario, hasta que se constituya la siguiente comisión especial que deba informar un nuevo proyecto de Ley de Presupuestos". Esta modificación permitirá contar con toda la información relevante para evaluar los resultados y avances de la gestión financiera del Estado. Así, se avanza en implementar una cultura de evaluación permanente y trabajo constante en la planificación y ejecución de los recursos públicos, facilitando la toma de decisiones informadas por parte de los parlamentarios dedicados a la tarea de aprobación del presupuesto anual del sector público.

La Descentralización Administrativa es otra de las áreas desarrolladas en el Acuerdo de Modernización del Estado. En ésta se propone rediseñar el Fondo Común Municipal, Modernizar los Gobiernos Regionales, Descentralizar la Ejecución de los Programas Sociales, Modernizar la Gestión Administrativa y de Recursos Humanos en el sector Municipal y, por último, Modernizar el Financiamiento Municipal y las Remuneraciones de los Alcaldes.

Algunas de las materias antes mencionadas se materializaron a través de la Ley 20.033 o de Rentas Municipales II, que modificó diversas normas para aumentar los recursos económicos de los municipios, permitiéndoles realizar una gestión más eficiente. Esta nueva ley aumentó en \$ 56.000 millones los recursos del Fondo Común Municipal para distribuir en los 345 municipios que lo integran. El Estado también realizará un aporte permanente de 218.000 UTM al Fondo Común Municipal para atender de mejor forma los problemas que sufren y enfrentan los gobiernos locales. Por otra parte, se estableció que la información y documentos municipales deberán ser públicos y estar disponibles para todas las personas que lo requieran. Más tarde, la Ley 20.237, publicada a fines de

2007, rediseñó el Fondo Común Municipal estableciendo nuevos criterios de distribución de recursos.

En el ámbito de la Transparencia Pública, el acuerdo de modernización, resolvió legislar sobre tres grandes temas: a) Financiamiento de la Política, b) Labor Parlamentaria, y c) Institucionalidad y Probidad.

Respecto del Financiamiento de la Política, el 5 de agosto de 2003 se promulgó la Ley 19.884 sobre transparencia, límite y control del gasto electoral. Esta ley tiene por objetivos particulares los siguientes:

- Fijar montos máximos de gastos en campañas para garantizar la igualdad de oportunidades económicas de los candidatos y partidos políticos que los postulen.
- Regular el financiamiento privado de las campañas electorales, con el objeto de conocer los orígenes de esos recursos, para garantizar la independencia de quienes ocupen dichos cargos.
- Externalizar la administración de los recursos y gastos electorales, encargando ello a las personas naturales que designen los candidatos y partidos políticos, a fin de establecer claramente las responsabilidades en el cumplimiento de la ley.
- Crear un completo sistema de control externo del origen de los recursos empleados en las campañas electorales y de los gastos de propaganda, disminuyendo los riesgos de corrupción.
- Consagrar un mecanismo de publicidad de los recursos y gastos con el fin de garantizar la necesaria transparencia.

En el área de la Institucionalidad y Probidad se publicó la Ley 20.285 sobre Acceso a Información Pública. Esta ley viene a complementar una serie de esfuerzos anteriores por transparentar los actos de la Administración del Estado. Por ejemplo, la Ley 19.653 (1999), llamada "Ley de Probidad", y la Ley 19.880, que también se refiere a la publicidad y transparencia en la tramitación de los actos administrativos.

La nueva normativa reconoce el derecho de acceso a la información pública, y establece, por tanto, la obligatoriedad a los órganos del Estado de mantener permanentemente informado al ciudadano, a través de sus páginas web, respecto de diversos temas como planta profesional, honorarios, contratos con el sector privado, entre muchos otros elementos.

Junto con lo anterior, se crea el Consejo para la Transparencia, una nueva institucionalidad autónoma respecto del gobierno de turno y que está conformada por expertos que tendrán la facultad de fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la ley.

Como se puede observar, este nuevo marco legal crea los mecanismos y herramientas para que los ciudadanos puedan acceder fácilmente a la información relativa a los actos y procedimientos del Estado. Sin duda, esta ley es un avance significativo, y abre un nuevo escenario de información disponible para el control ciudadano y de la opinión pública acerca del actuar del Estado.

Adicionalmente, y complementando la probidad con estándares de comportamiento esperado para los funcionarios públicos, se aprueba en abril de 2009 la Ley 20.341, con el objetivo principal de sancionar el cohecho en el sector público, introduciendo para ello modificaciones al Código Penal. Por ejemplo, establece que los funcionarios que defrauden al Fisco arriesgan penas de presidio menor en sus grados medio y máximo. Asimismo, la pena aumenta conforme aumente el monto defraudado, es decir, si el monto es superior a las 400 UTM, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Además, quienes estafen al Fisco arriesgan penas pecuniarias entre el 10% y el 50% del perjuicio causado e inhabilitación absoluta o temporal para el ejercicio de cargos públicos. Estas mismas sanciones junto con reclusión menor en su grado medio se aplicarían cuando un funcionario público o municipal interviene en razón de su cargo en procesos de contratos con privados.

Es importante destacar que esta ley no sólo castiga al funcionario público que incurra en cohecho, sino también a quien ofrece o promete a éste un beneficio por una gestión favorable a sus intereses.

Por último, se publicó la Ley 20.205, de Protección al Funcionario, que denuncia Irregularidades con la finalidad de entregar un canal seguro por el cual un empleado público o municipal pueda denunciar y proporcionar pruebas de falta a la probidad administrativa, tales como uso ineficaz de fondos, abuso de autoridad, entre otros. Los funcionarios que ejerzan las acciones a que se refiere el párrafo anterior tendrán los siguientes derechos:

- a) No podrán ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución, mientras dure la investigación sumaria.
- b) No ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito, durante el lapso a que se refiere la letra precedente.

- c) No ser objeto de precalificación anual, si el denunciado fuese su superior jerárquico, durante el mismo lapso a que se refieren las letras anteriores, salvo que expresamente la solicitare el denunciante.

La normativa establece que podrán ser secretos, respecto de terceros, la identidad del denunciante o los datos que permitan determinarla, así como la información, antecedentes y documentos que entregue o indique con ocasión de la denuncia.

Este nuevo marco legal es un complemento al Proceso de Reforma y Modernización del Estado, ya que contribuirá a fomentar la ética funcionaria a través de mecanismos de fiscalización en poder de los propios funcionarios públicos.

En síntesis, a la fecha el Proceso de Reforma y Modernización del Estado ha logrado avances significativos con la Ley de Financiamiento de la Política, de Transparencia y Acceso a la Información Pública o de Compras Públicas, entre muchas otras. No obstante, están pendientes en el Congreso algunas leyes tales como "el Defensor ciudadano", "Regulación del lobby", "Fortalecimiento institucional y reorganización de las políticas contra pobreza", la "Adecuación de Ministerios y Subsecretarías", la "Reformulación rol Consejo de Defensa del Estado", etc. (Brahm, 2006).

4. Reflexiones sobre la complejidad de los procesos de reforma y desafíos futuros para la modernización del Estado³

Al revisar las reformas jurídicas que se han aprobado en nuestro país en la última década, es posible extraer algunas conclusiones sobre las características y particularidades de este proceso, las cuales pueden ser de utilidad para entender fenómenos futuros de cambio en la Administración del Estado.

1. *La modernización del Estado es un proceso continuo.* En primer lugar, el análisis del proceso de reforma del Estado en Chile nos muestra que se trata de un proceso desarrollado desde distintas fuentes, y por muchos años.

En ese sentido, podría decirse que la modernización del Estado a través de reformas administrativas es un proceso continuo de aprendizaje y mejora, dado que los problemas que enfrenta la sociedad van evolucionando y cambiando a lo largo del tiempo.

³ En esta sección se recogen los argumentos del trabajo de Kingdon (1995) sobre el surgimiento y cambio de las políticas públicas, a través de lo que se ha denominado el enfoque de las *corrientes múltiples* o *multiple policy streams*.

En efecto, uno de los aspectos interesantes de los procesos de modernización del Estado es identificar la capacidad que las sociedades tengan para entender los nuevos problemas que enfrentan los Estados, y ser capaces al mismo tiempo de construir respuestas adecuadas para dichos problemas, a través de reformas jurídicas que den forma y contenido a la acción pública que se requiere.

Entender el Proceso de Modernización del Estado como un proceso continuo es fundamental para el éxito de las reformas, por diferentes razones. En primer término, la continuidad está dada –como se ha dicho– por los permanentes cambios que la sociedad enfrenta, fruto de las tecnologías de la información, de nuevas tendencias sociales, de cambios de enfoque sobre el rol del Estado, de la globalización, entre otras causas. En segundo lugar, se trata de un proceso continuo, puesto que las reformas que se aprueban y se traducen en nuevas instituciones que demandan a su vez nuevas normas en el futuro, una vez que se inicia el proceso de implementación de las mismas. A modo de ejemplo, luego de la aprobación inicial de la legislación sobre financiamiento de la política, ha sido necesario perfeccionar la normativa en sucesivas oportunidades. De igual forma, luego de algunos años de implementación del SADP, existe consenso en la necesidad de perfeccionarlo y complementarlo, para lo que se ha enviado al Congreso Nacional un proyecto de ley al efecto. En general, podría decirse que es normal que la aprobación de ciertas iniciativas reformadoras conduzca a la demanda social y política por nuevas etapas de desarrollo del proceso de modernización en la materia, demandando alcanzar un nuevo nivel de desarrollo o complejidad en las materias. En tercer lugar, el proceso de reforma administrativa es un proceso continuo porque no todo diseño normativo que se aprueba cumple a cabalidad con los objetivos planteados. Así, por ejemplo, cuando se diseña y aprueba una normativa en particular, se suele asumir y esperar un determinado comportamiento de las personas. En la práctica, sin embargo, sucede que muchas veces el comportamiento de las personas difiere de lo esperado al diseñar la norma, generándose problemas de inconsistencia entre la conducta esperada y la conducta que tiene lugar efectivamente.

Esto genera la necesidad de revisar el diseño original de las normas y adecuarlas a la realidad que efectivamente se enfrentan. Tal vez un ejemplo de este tipo de problema se observa en materia de compras públicas, donde a pesar del gran avance que se ha alcanzado en materia de transparencia en la asignación y contratación de recursos públicos, el comportamiento tanto de los demandantes de servicios (unidades del Estado) como los oferentes (proveedores) dista en muchos casos de lo esperado a partir de la norma. En efecto, suelen observarse bases de licitación que han sido diseñadas con criterios muy restrictivos, muy difíciles de cumplir, y que parecieran destinados a un proveedor determinado. Lo mismo sucede con los mecanismos de publicidad, donde suele observarse el cumplimiento de los mínimos de difusión y publicidad para asegurar que los proveedores preferidos tengan mejores opciones de postular en breve plazo a

procesos de licitación más complejos. En todos estos casos lo que se observa es que el diseño de las normas no es capaz de hacerse cargo adecuadamente de diseñar los incentivos que conduzcan a un comportamiento esperado de los individuos, siendo necesario por tanto adecuar las normas.

Un cuarto argumento para entender que el proceso de reforma administrativa es un proceso continuo surge del debate político propiamente tal. La modernización del Estado suele ser un argumento de discusión política para las coaliciones, especialmente para aquella que cumple el rol de oposición en algún momento del tiempo. Se argumenta que parte de los problemas del Estado está en la forma en que está enfrentando la prestación de servicios y bienes públicos para la sociedad. Por ello, se aprecia como un continuo en el discurso político la generación de propuestas e iniciativas para modernizar la gestión del Estado.

En síntesis, por diversos argumentos, nos parece que un buen entendimiento del proceso de desarrollo del Estado debe entender al proceso de reforma como un proceso de desarrollo continuo.

2. A pesar de ser un proceso continuo, su avance suele estar vinculado a hitos o eventos críticos. Se ha dicho en las líneas anteriores que el proceso de reforma es un proceso continuo en el tiempo, caracterizado por una suerte de evolución y desarrollo de los problemas.

Sin embargo, aun cuando se desarrolle un proceso continuo, es normal que los procesos de modernización y reforma suelen estar vinculados en momentos importantes a hitos emblemáticos. En materia de modernización del Estado, estos eventos están asociados –en muchos casos– a problemas de corrupción o probidad que ponen en riesgo a la coalición en el poder.

Es de especial interés entender este punto, dado que las autoridades que ejercen el poder en un determinado momento suelen concretar sus acciones en la búsqueda de mantener control sobre el poder estatal en la mayor medida de lo posible. En muchos de los casos, las reformas administrativas van asociadas a una pérdida de control sobre el aparato público por parte del poder político, dejando muchas decisiones ahora en manos de técnicos y expertos. Este hecho genera sin duda reticencia en la autoridad política a hacer concesiones de reforma y modernización de los aparatos estatales que controla.

Por ello, y para que quienes detentan el poder se vean interesados y urgidos a aprobar o impulsar cambios en la Administración, suele ser necesario la existencia de fenómenos exógenos que alteren la escala de preferencias de los actores políticos involucrados en los procesos.

En la última década en Chile se aprecian dos momentos fundamentales en el proceso de modernización estatal. El primero de ellos –que ya fue descrito en la sección sobre contexto histórico– fueron los conflictos que amenazaron la gobernabilidad del Presidente Lagos y que surgieron del denominado caso MOP-Gate, y que aún es materia de litigios en nuestros tribunales.

Este primer evento generó un clima único en nuestro país, tanto así que forzó la suscripción de un acuerdo político de especial trascendencia, entre el líder de la Oposición de la época y el Ministro del Interior del Presidente Lagos.

A partir de este evento particular se concreta el paquete más importante de reformas administrativas que se haya aprobado en nuestro país en las últimas décadas. Nos parece que su relevancia y alcance podrán ser analizados detenidamente sólo en los próximos años, una vez que ya existan efectos concretos de las distintas normas en un período relevante de años.

El segundo hito de importancia en el proceso de reforma del Estado de la última década tuvo lugar durante el año 2006, cuando surgen nuevos problemas de probidad asociados, en este caso, a programas especiales de empleo público, a la asignación de recursos a través del Instituto Nacional del Deporte, a la gestión de los recursos de ciertas empresas públicas, entre otros ámbitos.

Los conflictos provocaron cambios en las autoridades de ciertas reparticiones, y procesos administrativos y penales de diversa índole.

Como consecuencia de este problema en particular, la Presidenta de la República convocó a un grupo de expertos para generar un conjunto de propuestas de modernización y transparencia. A diferencia del conflicto del año 2003, que demandó un acuerdo Gobierno-Oposición, en este caso el nivel de conflicto no hizo necesario esta clase de consenso, bastando la acción directa de la autoridad pública al efecto.

El grupo de académicos y directivos públicos revisó la situación de avance del proceso de reforma impulsado desde el año 2003 e incluyó nuevos desafíos de modernización. Sus propuestas fueron concretadas en un documento presentado a la Presidenta y cuyo foco era el diseño de un conjunto de medidas para favorecer la probidad y la transparencia.

De este proceso en particular, hay una iniciativa que destaca especialmente. Se trata de la normativa sobre Transparencia y Acceso a la Información, la cual no sólo genera un estándar de información y transparencia, sino que genera una nueva institucionalidad para promover la transparencia activa y para asegurar el acceso a la información por parte de los ciudadanos y de la opinión pública.

Nos parece, en síntesis, que los procesos de modernización en general, y el caso chileno de la última década en particular, han sido el resultado de un proceso continuo de reflexión y modernización, que ha estado vinculado, sin embargo, a hitos o eventos especiales que han acelerado las reformas, alternados con los incentivos políticos que enfrentan los actores llamados a pronunciarse sobre estas reformas.

3. *¿Cómo surgen los acuerdos y consensos para avanzar en las reformas?* Se ha señalado hasta aquí que el proceso de modernización se caracteriza por un desarrollo continuo a través del tiempo, pero que se ve acelerado por hitos o momentos puntuales que generan condiciones y oportunidades para el cambio.

¿Es posible asumir entonces que el avance gradual de los procesos de desarrollo del Estado, sumados a crisis puntuales generará reformas inmediatas? Al parecer la respuesta es no, puesto que para lograr que se aprueben cambios en la Administración del Estado se requiere la generación de consensos políticos y técnicos en torno a las materias a reformar.

Normalmente los conflictos generan las condiciones para el surgimiento del consenso político, pero no necesariamente generan los elementos necesarios para el contenido técnico de las reformas.

En efecto, si se piensa en las principales reformas administrativas de la última década, como el Sistema de Compras Públicas, el Sistema de Alta Dirección Pública o el Consejo para la Transparencia, se trata de instituciones y sistemas de alta complejidad, cuya formulación y definición requirió la opinión experta de académicos y consultores nacionales e internacionales.

Como es de esperar, los expertos enfocan los problemas desde diferentes paradigmas o perspectivas, muchas de ellas vinculadas también a enfoques políticos. Por ello, además del debate político sobre la conveniencia de introducir reformas, existe un importante debate sobre el contenido sustantivo de las reformas administrativas.

Este debate es de alta complejidad y requiere de un proceso de estudio, elaboración y síntesis que muchas veces no calza con los tiempos políticos. Así, para que una propuesta de reforma sea viable, debe estar consensuada técnicamente antes de que se produzca un evento político que active un proceso de reforma del Estado.

Si se piensa en la dinámica de los procesos de reforma, se reconoce que los hitos o eventos políticos son catalizadores de una inquietud social presente. En esos

momentos, el contexto político demanda respuestas y soluciones rápidas que permitan a los actores políticos dar señal de cambio y respuesta ante el conflicto que enfrentaban. Por ello, son de utilidad en esos momentos las propuestas de carácter técnico que ya han sido elaboradas y desarrolladas en profundidad, y están en condiciones de traducirse en una iniciativa legal concreta.

En cambio, si al momento de activarse un problema político que facilita las reformas no están disponibles las soluciones técnicas consensuadas, es probable que la reforma finalmente no se concrete y materialice.

Para entender este punto con mayor claridad, es útil revisar los dos grandes hitos mencionados en la sección anterior y las consecuencias que a partir de ellos surgen para el proceso de reforma del Estado chileno.

Al producirse los eventos que generaron el acuerdo político del año 2003, existían dos instancias de trabajo sistemático en torno a los contenidos de la agenda modernizadora. La primera instancia estaba dada por el rol que el Comité Interministerial creado en el gobierno del Presidente Frei había desarrollado durante años, y que fue continuado después por el Proyecto de Reforma y Modernización del Estado, programa público relevante en el gobierno del Presidente Lagos. La segunda instancia –y tal vez la más relevante– fue la Comisión de Reforma del Estado del Centro de Estudios Públicos, que integró a un panel transversal de expertos para consensuar un conjunto de iniciativas y reformas a la Administración del Estado.

Esta comisión fue capaz de generar una serie de propuestas contenidas en dos volúmenes publicados durante el año 2002, y que trataban temas como el financiamiento de la política, la selección de los directivos públicos, las compras públicas, entre otras materias. Estos textos fueron la base fundamental para dar contenido al paquete de reformas acordadas y aprobadas durante el año 2003. Podría afirmarse, incluso, que de no haber existido los consensos técnicos del Centro de Estudios Públicos, no se habrían aprobado las reformas que hoy nos rigen y que han demostrado ser relevantes para el desarrollo del país.

El año 2006, en cambio, cuando surgen los conflictos de probidad que se han mencionado anteriormente, no existe en el país un consenso técnico específico sobre las diversas materias a abordar. Eso podría explicar por qué son menos las iniciativas aprobadas en el paquete de reformas que se propuso en ese entonces. Sin duda destaca en este período la aprobación de la institucionalidad y normativa sobre la transparencia. Lo interesante de este punto es que sí existía consenso y conocimiento experto en la materia disponible para ser traducido en un proyecto de ley. Así, mientras el año 2002 el Centro de Estudios Públicos generaba las propuestas, ahora era Chile Transparente, capítulo chileno de

Transparencia Internacional, quien había generado el conocimiento y sustrato técnico para la aprobación del proyecto de reforma, el cual recoge la experiencia internacional en la materia y la adapta a la realidad nacional.

Por ello, puede sugerirse que la existencia de consensos técnicos y soluciones disponibles para el caso que surjan conflictos es una estrategia que los partidarios de la reforma a la Administración del Estado deben reconocer y promover.

Una de las preguntas que ha surgido a raíz de este enfoque consiste en determinar si nuestro país cuenta con la institucionalidad adecuada para enfrentar los procesos de reforma del Estado, que se caracterizan –como se ha dicho– por ser procesos de desarrollo gradual y continuo, que se activan por situaciones o conflictos puntuales, y que demandan soluciones técnicas disponibles y consensuadas. La respuesta preliminar es que nuestro país no dispone del marco institucional adecuado para este desafío, al menos desde la institucionalidad del sector público.

Ante esta supuesta carencia, han sido los privados quienes nuevamente han reaccionado ante el desafío. Así, durante el año 2008 se creó un Consorcio de Reforma del Estado, que agrupa a algunos centros de estudio, universidades, funcionarios públicos e investigadores de distintos ámbitos.⁴

Todos ellos han estado trabajando el último año en la generación de los consensos y los contenidos técnicos para facilitar las reformas cuando existan los consensos políticos para ello.

Uno de los aspectos interesantes del trabajo de este consorcio ha sido la definición de áreas prioritarias para la reforma del Estado. En el siguiente punto se mencionan algunos de esos elementos.

4. *Áreas prioritarias para el proceso de reforma del Estado en Chile.* El Consorcio para la Reforma del Estado ha definido cuatro grandes áreas para profundizar el trabajo de modernización del aparato público: Roles e Institucionalidad del Estado, Descentralización y Desarrollo, Las Personas en el Estado, y Planificación, Control y Evaluación en el Estado.

Evidentemente, toda clasificación de áreas estratégicas puede resultar arbitraria e imperfecta, pero el marco seleccionado por el consorcio aporta una estructura para analizar las iniciativas reformadoras.

⁴ Ver sitio web www.reformadeleestado.cl

En materia de Roles e Institucionalidad Públicas, las iniciativas principales están relacionadas con la separación entre funciones políticas y ejecutoras de políticas, la coordinación estratégica al interior del Poder Ejecutivo, y la revisión y dependencia de los servicios públicos de los ministerios a los cuales responden hoy.

El diagnóstico fundamental de esta área es que el crecimiento del Estado no ha sido orgánico, y que las estructuras existentes no responden necesariamente a una lógica de gestión, ni se adecuan al tamaño que ha adquirido el Estado a lo largo de los años. Por ello, destacan las iniciativas que buscan fomentar la coordinación entre las múltiples instancias gubernamentales, y las iniciativas destinadas a asignar los servicios públicos a los ministerios que corresponda, lo que no necesariamente sucede en la actualidad.

En materia de Descentralización y Desarrollo –tema que no ha sido tratado en este trabajo– las iniciativas son múltiples, pero los focos son los siguientes: coordinación y reasignación de tareas entre los niveles central y local del Estado, asignación de recursos y fuentes de financiamiento para los gobiernos locales, modernización de la estructura municipal, entre otras materias. Esta es, sin duda, un área de prioridad en el desarrollo integral del país.

El tercer ámbito de preocupación del Consorcio son las personas y su trabajo en el Estado, aunque debiera ser la preocupación prioritaria. La regulación del empleo público en las áreas de educación y salud es prioridad en el análisis. De igual forma, perfeccionamientos al Sistema de Alta Dirección Pública y a la Dirección Nacional del Servicio Civil son parte de la agenda.

Por último, entre los ámbitos materia de análisis por el consorcio está la compleja área de Planificación, Control y Evaluación de la Gestión Pública. La evaluación de impacto de las iniciativas de gobierno, la definición de un modelo explícito de gestión pública, la planificación y la formulación presupuestaria del Estado central, son ejemplos de materias fundamentales para disponer de un Estado moderno.

Estimamos que las materias abarcadas por el Consorcio son una buena síntesis de las materias a abordar en el proceso de reforma y modernización del Estado pensando en el futuro de Chile.

En nuestra opinión, sin embargo, las prioridades específicas son las siguientes: flexibilizar la regulación de los recursos humanos en el área educación, adecuar la estructura de gestión y financiamiento de los gobiernos locales, y, especialmente, mejorar los mecanismos de planificación, control y evaluación de la gestión pública.

5. Conclusiones

Las reformas del Estado son una especie de reforma jurídica que se caracteriza por introducir cambios a la estructura, organización o funcionamiento de la Administración del Estado con el fin de hacer más eficiente la provisión de bienes y servicios.

Entre las reformas del Estado se encuentran las denominadas sustanciales y las denominadas institucionales. En estas últimas, a su vez, pueden distinguirse las reformas políticas y las reformas administrativas. Son las reformas administrativas las reformas que tradicionalmente suelen caracterizar a los esfuerzos por modernizar el Estado central y coinciden con las principales prioridades y avances en Chile.

En la década entre 1999-2009 han tenido lugar importantes reformas jurídicas que inciden en la organización del Estado, destacando la creación del Sistema de Alta Dirección Pública, el Financiamiento Público de las campañas políticas, el sistema de Compras Públicas, y la Institucionalidad para la Transparencia. Cada una de estas reformas concretadas a través de normas jurídicas.

Si bien el proceso de reforma del Estado se caracteriza por ser un proceso de desarrollo continuo, la modernización del Estado en Chile se ha visto acelerada en los últimos años por problemas de probidad al interior de la Administración de gobierno, lo que demandó la creación consensuada de una agenda de Modernización del Estado el año 2003.

A partir de esta agenda se concretan importantes proyectos cuya implementación está aún en proceso, y habiendo también diversos proyectos pendientes de aprobación y perfeccionamiento.

La evidencia sobre reforma y modernización del Estado en la última década indica que los procesos de reforma se aceleran por hitos o conflictos que generan condiciones especiales para un acuerdo político. La evidencia indicaría, también, que no basta con los eventos o crisis políticas para generar reformas. En efecto, se requiere disponer de soluciones técnicas validadas o concordadas para traducir el acuerdo político en una reforma administrativa concreta.

Los avances que ha demostrado nuestro país en los últimos años en materia de reforma y modernización administrativa del Estado son interesantes, pero no serán relevantes si no van acompañados de nuevas reformas y ajustes que permitan profundizar en la gestión de los respectivos servicios públicos con miras a lograr mayor autonomía en la gestión por parte de los directivos, mayor flexibilidad en la administración financiera, y mayor rendición de cuentas y *accountability* respecto de los recursos asignados.

El área de reforma y modernización del Estado seguirá siendo un área fértil de reformas jurídicas, en este caso, con foco en la mayor eficiencia en el actuar estatal.

6. Bibliografía

BRAHM, María Luisa (2006). *Evaluación del cumplimiento de la Agenda de Modernización del Estado suscrita en enero de 2003*. Serie Informe Especial, Vol. XVII N° 146, Instituto Libertad.

ECHEVARRÍA, Koldo (2000). *Reivindicación de la Reforma Administrativa: significado y modelos conceptuales*. Revista del CLAD Reforma y Democracia, N° 18, Caracas, Venezuela.

HORN, Murray (1995). *The Political Economy of Public Administration*. Cambridge University Press.

KINGDON, John W. (1995). *Agendas, Alternatives and Public Policies*. Segunda Edición. Addison-Wesley Educational Publishers Inc.

PETERS, Guy B. (2001). *The Politics of Bureaucracy*. Quinta Edición. Routledge Publisher.

POLLIT, C., y BOUCKAERT G. (2004). *Public Management Reform, A Comparative Analysis*. Second Edition. Oxford University Press.

RAMÍREZ, Álvaro (2002). *Reforma del Estado y Modernización de la Gestión Pública. Lecciones y aprendizajes de la experiencia chilena*. Revista Instituciones y Desarrollo, N°12-13, Instituto Internacional de Gobernabilidad, Barcelona, España.

WAISSBLUTH, Mario (2006). *La Reforma del Estado en Chile 1990-2005: De la confrontación al consenso*. Documento de Trabajo, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile.

La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes

José Manuel Díaz de Valdés J.¹⁻²

Director de Investigación de la Facultad de Derecho

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción y contexto

Hace cuatro años se produjo uno de los hitos más relevantes de nuestra historia constitucional reciente: por medio de la Ley 20.050 se aprobaba un ambicioso conjunto de reformas a la Constitución de 1980 (la "Reforma 2005"), sólo comparable en extensión y profundidad a la gran modificación de 1989, llamada la "Reforma de la Transición".³

Evidentemente, un cambio de tal magnitud ha acaparado la atención de la doctrina constitucional, en cuyo interés podemos distinguir dos grandes etapas: la original y la actual.

En un primer momento, se destacó con insistencia la importancia del logro alcanzado: después de un largo proceso (cuya última etapa fue de 5 años),⁴ las principales fuerzas políticas alcanzaban un consenso sustancioso, dando lugar a lo que algunos han denominado la reforma "de mayor trascendencia jurídica de los diecisiete cambios hechos a la Carta Fundamental de 1980".⁵

Paralelamente, la doctrina nacional intentó identificar las ideas-fuerza u objetivos centrales de la Reforma 2005. Al respecto, se recalcó la eliminación de

¹ Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Laws de la Universidad de Cambridge. Master of Laws de la Universidad de Harvard.

² Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, señor Nicolás Enteiche Rosales. También estoy en deuda con doña Marta de la Fuente Olguín, Oficial Primero del Tribunal Constitucional, quien gentilmente me proporcionó útiles estadísticas de su actividad jurisdiccional.

³ Sobre esta reforma constitucional, véase ANDRADE (1991).

⁴ Mociones de la Alianza por Chile (Boletín N° 2.526-07 de 4 de julio de 2000) y la Concertación de Partidos por la Democracia (Boletín N° 2.534-07 de 6 de julio de 2000).

⁵ CEA (2007a) p. 324.

los llamados “enclaves autoritarios”,⁶ mediante la supresión de los senadores vitalicios e institucionales, la reforma al sistema de nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional (“TC”) y la disminución del poder del Consejo de Seguridad Nacional y de las Fuerzas Armadas *vis à vis* el Presidente de la República. Algunos singularizaron a este fenómeno como el abandono o superación de una concepción de “democracia protegida”, temerosa de la decisión libre de las mayorías,⁷ mientras otros lo suavizaban en cuanto un interés de “perfeccionar la forma democrática de gobierno”.⁸ Hubo quienes destacaron los avances logrados en materia de derecho internacional y tratados internacionales,⁹ mientras otros subrayaron el fortalecimiento, si bien tenue, de los derechos fundamentales.¹⁰ Muchos han afirmado que la Reforma 2005 logró un mayor equilibrio de poderes, si bien existe discrepancia en torno a si el Presidente de la República realmente disminuyó sus facultades en forma significativa.¹¹

En estos primeros años, también se intentó dimensionar la importancia de la Reforma 2005 para el sistema político-constitucional en su conjunto. Los dos tópicos centrales a este respecto fueron si aquella ponía fin a la transición de un régimen autoritario a uno democrático, y si nos hallábamos frente a una nueva Constitución. Ambos temas se vinculaban, a su vez, al gran problema de la legitimidad y vinculatoriedad jurídico-moral de la Constitución Política de 1980 (la “CP”). El primer aspecto es manifiestamente político, y en tal marco es importante recordar que el espíritu del discurso con que el Presidente Lagos promulgó la Reforma 2005 apuntaba al cierre de la transición a la democracia.¹² Otros la habían dado por concluida mucho antes (e.g., fin del gobierno del

⁶ CEA (2007b) p. 61; CUMPLIDO (2005a) p. 115; ZAPATA (2005) p. 752; ZÚÑIGA y VEGA (2005); ZÚÑIGA (2005) pp. 557-558 y CEA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 101.

⁷ Véanse las opiniones de ZAPATA y CEA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) pp. 83 y 101.

⁸ PEÑA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 79.

⁹ Véase CAMPUSANO (2006) p. 25; SALINAS (2007) p. 496; HENRÍQUEZ (2007) p. 323, y RIBERA (2007) p. 510.

¹⁰ NAVARRO (2007) p. 20.

¹¹ Así, por ejemplo, NAVARRO (2007) pp. 18-19; CUMPLIDO (2005a) p. 123; ZAPATA (2005) p. 759 y CUMPLIDO (2005b) p. 576, afirman, con matices, que la figura presidencial se vio disminuida. Dockendorff fue más lejos, al señalar que “se revierte una tendencia” del derecho constitucional del último siglo, por cuanto ahora se reforzaba el Congreso en desmedro del Presidente” DOCKENDORFF (2005) p. 18. Ana María García es más ecuánime, incluso algo paradójica al respecto, señalando que si bien se fortaleció al Presidente, también se habría reforzado la fiscalización de la Cámara y se habría tendido a un mayor grado de equilibrio entre Ejecutivo y Legislativo, cf. GARCÍA BARZELATTO (2005) pp. 196-197. Algo similar vemos en CEA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 101. Luz Bulnes va más lejos al señalar que las reformas, principalmente en materia de fiscalización de la Cámara, podrían llevar a un futuro régimen semipresidencial, cf. BULNES (2005) p. 272. En contrapunto, RUIZ-TAGLE denuncia la “acentuación del neopresidencialismo autoritario” debido al traspaso al Presidente del poder que se quitó a las FF.AA. y al COSENA, en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 81.

¹² Véase el discurso completo del ex presidente Lagos Escobar en LA TERCERA (2005).

Presidente Aylwin, retiro del General Pinochet de la Comandancia en Jefe del Ejército), y algunos aún la dan por abierta.¹³

En relación a si nos encontramos frente a la misma Constitución u otra nueva, convergen aquí elementos de forma y de fondo. Formalmente, y en virtud de una refundición del texto constitucional a raíz de la Reforma 2005, hoy la CP aparece firmada por el Presidente Lagos, cuestión que a nuestro juicio se le ha dado una importancia totalmente exagerada, al menos en cuanto argumento para afirmar que se trataría de una nueva CP.¹⁴ En términos de fondo, la magnitud de los cambios, particularmente en cuanto a la eliminación de los enclaves autoritarios y la filosofía de la democracia protegida, unidos al momento y la forma de llevarlos a cabo (plena vigencia del Estado de Derecho; larga y participativa discusión parlamentaria) podrían llevar a algunos a pensar en que se trata de una nueva Carta Política.¹⁵⁻¹⁶ Sin embargo, ello no ha sido considerado así por la mayoría de la doctrina,¹⁷ para quien no han variado lo elementos esenciales de la CP, básicamente su filosofía inspiradora,¹⁸ tal y como se concreta en la parte dogmática de la CP (fundamentalmente en sus capítulos I y III), y la institución del presidencialismo reforzado. Concordamos con tal postura.

Ahora bien, ya en este primer momento inmediatamente posterior a la Reforma 2005 hubo voces disidentes. No obstante la sensación generalizada de que se trataba de un avance contundente y valorable (a pesar de ciertas deficiencias u omisiones menores), existieron críticas sustanciales. Es así como algunos no le reconocieron mayor importancia innovadora, por cuanto la Reforma 2005 se habría limitado a recoger formalmente realidades ya existentes en el sistema político-constitucional chileno, tales como la disminución del poder efectivo

¹³ Véase TAPIA y RUIZ TAGLE en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) pp. 81 y 104. Algo similar afirman ZÚÑIGA y VEGA (2005) p. 310.

¹⁴ Cabe recordar a este respecto las palabras del profesor Aldunate: "Otro aspecto anecdótico fue la fijación del texto resultante de la reforma como texto refundido, que sirvió como excusa para presentar la Constitución reformada bajo la firma del gobernante de turno, eliminando de este modo la firma anterior, y dándole, con un gustito a aquel, un disgusto mayúsculo a cuantos profesores y estudiantes de derecho que tuvieron que enfrentarse a una buena cantidad de doctrina, jurisprudencia, y de sus propias obras, en algunos casos, con un importante desfase en las referencias y concordancias articulares" ALDUNATE (2007) p. 35.

¹⁵ LAGOS (2005) pp. 11 y ss., y QUINZIO (2007) pp. 77-78.

¹⁶ La invitación del Presidente Lagos a la ceremonia de promulgación del texto refundido, coordinado y sistematizado de la CP, después de la Reforma 2005, señalaba expresamente que se invitaba a "la solemne ceremonia de firma de la nueva Constitución Política de la República". Véase FERNÁNDEZ (2005) p. 104.

¹⁷ BANDA (2007) pp. 59-61; FERNÁNDEZ (2005) pp. 104 y ss.; CAZOR (2005) p. 540; CEA (2007b) pp. 64 y ss., y CRUZ-COKE (2006), p. 43. Véase también a TAPIA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 81.

¹⁸ CEA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 77; BANDA (2007), y CRUZ-COKE (2006) p. 43.

de las FF.AA.¹⁹ Otros han ido más allá, denunciando que se trata sólo de un “proceso de cosmética constitucional iniciado en 1989 destinado a darle verosimilitud a la transición desde el autoritarismo a la democracia”.²⁰ Hay quienes han denunciado la ausencia de estándares mínimos de participación ciudadana y “democraticidad”;²¹ su lejanía a la realidad social actual de Chile;²² su influencia negativa sobre la importancia de la CP al llenarla de errores, confusiones de fondo y simbolismos redundantes;²³ su omisión en relación al cambio del sistema electoral,²⁴ entre otros problemas. Más aún, quienes insisten en la falta de legitimidad cardinal de la CP no ven en la Reforma 2005 sino que un vano intento por subsanar lo insubsanable.²⁵

En definitiva, la discusión de los primeros tiempos después de la Reforma 2005 se focalizó en temas amplios, generales, de carácter sistémico y abstracto. Esto es lo que hemos denominado primer momento de la doctrina en relación a la Reforma 2005. Sin embargo, con posterioridad el foco de atención ha ido derivando a otras preocupaciones. Una de ellas ha consistido en la identificación de los impactos concretos y específicos de la Reforma 2005 en el sistema jurídico-político chileno. Otra ha sido el análisis de las reformas pendientes, vale decir, aquellas cuestiones que no fueron abordadas por la Reforma 2005, o que surgieron precisamente en razón de la misma, y que requerirían de un nuevo ejercicio del poder constituyente. Dedicaremos el resto de este trabajo a abordar algunos de los tópicos que, a nuestro juicio, destacan dentro de las dos categorías mencionadas.

II. El principal impacto de la Reforma 2005: el nuevo TC

El estatuto constitucional del TC fue, sin duda, el más profundamente reformado de cuantos se vieron afectados por la modificación en estudio,²⁶ siendo el “fruto mejor logrado entre las reformas del año 2005”.²⁷⁻²⁸ Más aún, consideramos

¹⁹ CUEVAS (2005) pp. 744 y ss. Algo similar señala TAPIA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) pp. 81 y 82.

²⁰ TAPIA en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) pp. 81 y 82.

²¹ BANDA (2007) pp. 62 y ss.

²² QUINZIO (2007) p. 73.

²³ ALDUNATE (2005).

²⁴ ALDUNATE (2005) pp. 77 y 79.

²⁵ CAZOR (2005) p. 539: “estimamos que el origen espurio de la Carta Fundamental y la falta de un real consenso en torno a su sentido material, siguen estando presentes y siempre subyacerán en nuestra práctica constitucional”. Véase a este respecto la defensa de CEA (2007b) pp. 64 y ss.

²⁶ CEA (2007a) p. 324 afirma que se trató de la “modificación de mayor envergadura que ha sido introducida en el sistema normativo chileno, al menos desde la vigencia del Código Político de 1980”.

²⁷ RÍOS (2007) p. 329.

²⁸ Para una visión general de los cambios, véase NOGUEIRA (2005b); NOGUEIRA (2005c); RÍOS (2005); GÓMEZ (2005) y COLOMBO (2005).

que aquella impactó decididamente en el balance institucional diseñado por la CP, reconfigurando o profundizando algunos de sus rasgos. Analizaremos a continuación, brevemente, cómo se alteró la posición institucional del TC en relación a la clásica tríada del poder del Estado: Ejecutivo, Poder Judicial y Legislativo.

- a) Presidencialismo más controlado. Contamos con un Presidente muy robustecido, sobre el cual se concentran una serie de controles jurídicos y políticos (e.g., Contraloría General de la República, Congreso Nacional). La reforma no recortó las funciones del Presidente, pero reforzó sus controles. Es así como el Congreso Nacional adquirió la facultad de interpelar a los Ministros de Estado, y de intervenir mayormente en los estados de excepción constitucional y en materia de tratados internacionales.

En lo que se refiere al TC, se simplificó la impugnación de los decretos supremos, eliminando la antigua separación en dos numerales distintos, la cual había producido confusión y ciertas trabas al control del TC.²⁹ Si bien este mecanismo de impugnación ha sido escasamente utilizado desde la Reforma 2005,³⁰ creemos que el TC ha transmitido en este período su voluntad de ejercer a cabalidad su control sobre los decretos supremos. Un ejemplo ilustrativo a este respecto fue el famoso caso Píldora I.³¹ En esta causa se impugnaba la constitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 de 2006 del Ministerio de Salud, sin embargo, el artículo 93 N° 16 de la CP establece que sólo los decretos supremos pueden ser objeto de control por parte del TC, lo que excluiría las meras resoluciones. El TC decidió ir más allá de las apariencias, afirmando que si bien formalmente se trataba de una resolución, su contenido era de naturaleza reglamentaria, y por tanto era competente para conocer de su constitucionalidad. Demostraba así su voluntad de interpretar sus facultades al máximo posible, ejerciendo un control de constitucionalidad más efectivo y exigente.

- b) Compleja relación con los tribunales ordinarios de justicia. Es sabido que la Corte Suprema no estuvo de acuerdo con que se le quitara el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ("RII"), el cual se trasladó al TC.³² A ello debe agregarse su nueva facultad de controlar los autos

²⁹ Véase en esta materia el fallo del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2001) Rol 325, el cual se refirió extensamente a la relación y significado de los numerales 5 y 12 del antiguo artículo 82 de la CP.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Rol 591.

³² Durante la tramitación de la Reforma 2005, en cuanto a las nuevas atribuciones que se deseaba otorgar al TC, "la Corte Suprema manifestó que le preocupa el efecto que las modificaciones que se proponen podrían producir en el necesario y delicado equilibrio que el constituyente sabiamente ha mantenido entre los tres poderes tradicionales del Estado". Agregó que la situación de los efectivos

acordados de los tribunales superiores de justicia (artículo 93 N° 2 de la CP). Si bien esto fue asiduamente solicitado por la doctrina, particularmente a raíz de las cuestionablemente restrictivas disposiciones del Auto Acordado sobre el Recurso de Protección, no cabe duda que de alguna forma se resintió la autonomía del Poder Judicial frente al TC. Una reacción inmediata a lo anterior fue la reforma al Auto Acordado en cuestión realizada de oficio por la Corte Suprema, intentando solucionar o moderar sus aspectos más conflictivos.³³

Ambas modificaciones antes señaladas dan cuenta de un relativo debilitamiento de la posición institucional de los tribunales ordinarios de justicia *vis à vis* el TC.³⁴

Para mayor dificultad, la reforma eliminó la doble afiliación de tres ministros del TC, quienes a la vez lo eran de la Corte Suprema. De esta forma, no sólo se limitó determinantemente la influencia de esta sobre aquel, sino que también se eliminó un verdadero "colchón" que evitaba los conflictos y malos entendidos entre ambos tribunales. Si bien estamos de acuerdo con esta modificación (la justicia constitucional y la justicia ordinaria son muy distintas), no hay duda que representó un costo en materia de relación inter-órganos.

Sin embargo, lo más complejo ha sido armonizar el funcionamiento de ambos tipos de tribunales cuando sus decisiones impactan sobre un mismo caso.³⁵ Ese es el esquema normal del RII: un juicio constitucional dentro de uno llevado ante la justicia ordinaria. Al respecto, han existido descoordinaciones graves, tales como jueces ordinarios que pretendían dictar sentencia no obstante existir pendiente un RII ante el TC,³⁶ o la serie de dificultades que se vivieron con respecto a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.³⁷⁻³⁸

contrapesos y controles entre los poderes clásicos del Estado se ha ido deteriorando en perjuicio del Poder Judicial, y que la modificación en cuestión agudizaría la tendencia antedicha. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) pp. 555-556.

³³ En particular la ampliación del plazo de interposición de 15 a 30 días; la eliminación de la inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento, y la simplificación de los requisitos de la apelación.

³⁴ NAVARRO en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006) p. 79.

³⁵ Otro ejemplo de descoordinación en un contexto distinto al de los RII se da con ocasión de las sentencias interpretativas del TC. Es así como los tribunales ordinarios, al lidiar con la aplicación de un precepto legal declarado constitucional por el TC bajo una determinada interpretación, tienden a ignorar esta última.

³⁶ Aun en los casos en que no exista una orden del TC de suspender el procedimiento respectivo, nos parece evidente que un tribunal ordinario sólo puede continuar con el procedimiento hasta que la causa se encuentre en estado para fallo, ya que de dictarse sentencia definitiva, la decisión del TC sobre el RII sería completamente redundante e inútil.

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Rol 681.

³⁸ Véase VERDUGO (2008).

No obstante lo anterior, el peor problema de “desacato” al TC se produjo con ocasión de la causa TAG.³⁹ En ese caso, fue la propia Corte de Apelaciones de Santiago quien solicitó al TC pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la multa, o “indemnización compensatoria”, de hasta cuarenta veces el valor del peaje no pagado, contenida en el artículo 42 del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991 del Ministerio de Obras Públicas (Ley de Concesiones de Obras Públicas). El TC declaró el precepto aplicable, no obstante lo cual, la Corte de Apelaciones de Santiago se resistió a utilizarlo para fallar la causa que conocía. Si bien no se trató de una rebelión abierta, ya que se invocaron para no aplicar el precepto en cuestión principios jurídicos diversos a los rechazados por el TC con ocasión del RII, la señal fue clara y nefasta: voy a aplicar mi criterio esté o no de acuerdo el TC. El problema es que se trata justamente de una materia que es de exclusiva competencia del TC (la inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Peor aún, esta situación puso en duda uno de los grandes aciertos de la Reforma 2005, en cuanto a permitir a los mismos jueces solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal. Dado lo concentrado del control de constitucionalidad a este respecto, parecía una estupenda fórmula para dar una salida a los jueces ordinarios frente a la inacción de las partes de un juicio.⁴⁰ Más aún, se abrían las puertas a una interesante labor de colaboración, similar a la existente en países como Italia o sistemas jurídicos como el de la Unión Europea. El caso TAG, sin embargo, ha puesto en duda la institución en sí, causando desconfianza y malestar. En nuestra opinión, los jueces del fondo no dimensionaron el daño que estaban causando al perseverar en imponer su postura.

- c) Mayor control al legislador. La atribución al TC de potestades de control constitucional ex post de la ley sin duda que ha redundado en una apreciable variación en el balance institucional entre Legislativo y TC. Ambos controles, concreto y abstracto, han contribuido decididamente en este sentido.

- i) El control concreto ha permitido la reinterpretación de normas legales, la revisión de sus posibles aplicaciones vulneradoras de la CP, y sobre todo la revisión de ciertos vicios largamente cuestionados por la comunidad jurídica (e.g., delegación de facultades jurisdiccionales en materia tributaria, prescripción de acciones en caso de superposiciones de concesiones mineras, institución del de *solve et repete*, leyes penales en blanco). Si bien este examen concreto sólo tiene efecto para el caso en cuestión,

³⁹ Véanse los fallos CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2007) Rol 2097-2006 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006) Rol 541. Véase también LIBERTAD Y DESARROLLO (2007).

⁴⁰ Según Ríos y Pica, entre los años 2006 y 2007 se presentaron 486 RII, de los cuales 280 habrían sido formulados por tribunales de justicia RÍOS y PICA (2008) p. 8.

se afecta parte esencial del poder del legislador, ya que se condiciona abiertamente la aplicación de sus decisiones. Ello sin mencionar las alertas para futuras decisiones legislativas que pueden deducirse de los criterios y fallos del TC.

Es importante tener presente que los RII se han convertido, por lejos, en el tipo de asuntos a que mayor tiempo dedica el TC, llegando casi al 90% del total de las causas que conoce.⁴¹ De esta forma, las potencialidades del RII en cuanto elemento ensalzador del TC *vis à vis* el legislador y los tribunales ordinarios de justicia, son enormes. Hay quienes anuncian un negro futuro a este respecto, vaticinando una creciente avalancha de RII que llevarían, si no a un colapso, al menos a una profunda modificación del sistema (e.g., endurecimiento del control de admisibilidad, conocimiento en sala). Somos escépticos frente a tal postura, ya que nos parece que por amplias que sean las posibilidades de impugnación de normas legales, el tipo de conflictos relevantes no varía al infinito. Aquí cabe hacer dos precisiones. En primer término, si se observan los RII presentados a la fecha, se verá que muchos de ellos se refieren a las mismas normas legales, y por argumentos bastante similares. El caso emblemático fue el artículo 116 del Código Tributario antes de su derogación. Otras situaciones que se repiten dicen relación con el artículo 416 del Código Procesal Penal (fuero parlamentario en procedimientos por delitos de acción privada); artículos 171 del Código Sanitario, 474 del Código del Trabajo y 30 del Decreto Ley N° 3.538 (*solve et repete*); artículo 96 del Código de Minería; artículo 161 del Código Tributario, etc. En el fondo, muchos de los RII se refieren a conflictos de constitucionalidad que se conocían hace tiempo, y que lamentablemente la Corte Suprema no supo o no pudo resolver en forma adecuada cuando conocía del RII. En este contexto, el traspaso del RII al TC ha permitido abordar, finalmente, una serie de conflictos larvados anteriormente. Sin embargo, tales conflictos no son innumerables, sino más bien acotados. En segundo lugar, gran parte de los recursos presentados ante el RII revelan completo desconocimiento de la naturaleza de la acción deducida, o son de pésima calidad y peor plausibilidad, por lo que pueden ser fácilmente despachados por el TC vía control de admisibilidad o rechazos cuasiumarios.⁴² En razón de todo lo anterior, no nos parece que se pueda afirmar con certeza que los RII van a seguir creciendo exponencialmente en el futuro próximo, cuestión

⁴¹ PEÑA (2009) p.427 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

⁴² Durante el año 2008, la relación entre los RII declarados inadmisibles, no presentados o improcedentes versus los declarados admisibles fue, aproximadamente, de 4 a 7. Vale decir, existe un filtro importante antes de que el TC entre a conocer el fondo de los recursos presentados. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

que tiene cierto asidero en las estadísticas de ingresos al TC.⁴³ Más aún, el número de RII puede aumentar notablemente, pero los problemas nuevos y realmente plausibles no tanto, o incluso disminuir, y son estos los que más trabajo demandan al TC.⁴⁴

Sin perjuicio de lo señalado, el temor frente a una futura avalancha de RII nos puede impulsar a avanzar en la aclaración de dos materias esenciales. La primera es la búsqueda de un significado unívoco y con real contenido para el control concreto de inconstitucionalidad. Más allá de decir que deben considerar las circunstancias del caso, es necesario determinar si lo que se va a revisar son interpretaciones de la norma; posibles aplicaciones por parte de un juez; el correcto tratamiento de la discrecionalidad; todas o alguna o ninguna de las anteriores; etc. Si bien han existido algunos intentos en esta materia, fundamentalmente desde la doctrina,⁴⁵ es imprescindible una mayor prolijidad, esfuerzos que además ayudarán a justificar una institución que no es común en derecho comparado.⁴⁶

El segundo asunto a esclarecer es la finalidad última del RII: reafirmar la supremacía constitucional o proteger los derechos fundamentales. Y si son ambas, ¿existe una prelación entre ellas? En nuestra opinión, el recurso se diseñó originalmente para lo primero (Constitución de 1925), toda vez que hablamos de una época donde el concepto de garantías procesales especiales para la defensa de derechos fundamentales aun no maduraba. Se trataba, más bien, de una forma de control inter órganos, una manera de asegurar el respeto de la Constitución mediante la teoría de los "*checks and balances*" que EE.UU. esparcía por el mundo. En el intertanto, sin embargo, comenzó el auge de los derechos fundamentales, y la exigencia de acciones judiciales específicas para asegurar su respeto. La sociedad cambió y las prioridades del derecho constitucional también, apuntando siempre al fortalecimiento de los derechos fundamentales. En este contexto contemporáneo, el RII se presentó como una interesante

⁴³ El año 2008 ingresaron menos RII que el año 2007. Si bien este dato es demasiado aislado para constituir una tendencia, debemos recordar que el TC comenzó a conocer RII sólo a partir del año 2006. En consecuencia, la posibilidad de identificar tendencias estables es mínima, y en este contexto la variación de un año a otro es uno de los pocos datos relevantes que pueden tomarse en cuenta. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

⁴⁴ No obstante que la naturaleza concreta de esta clase de control de constitucionalidad impediría resolver todos los RII sobre el mismo precepto legal de forma "automática" o "en serie", evidentemente se trata de un trabajo menor al conocimiento y resolución de asuntos completamente diferentes. Existe una base, un esquema de análisis, ya desarrollado y que sólo debe considerar las circunstancias distintas del caso que sean relevantes.

⁴⁵ Véase FERNANDOIS (2008) y NUÑEZ (2008).

⁴⁶ Véase, por ejemplo NOGUEIRA (2005c) pp. 424 y ss.

vía para proteger tales derechos, ya que al entregar legitimación activa a las partes de cualquier gestión pendiente, se permitió que los particulares comenzaran espontáneamente a utilizar el RII para nuevos fines, sin esperar una decisión del constituyente, o incluso de la judicatura o la doctrina. Más aún, el RII es atractivo porque permite impugnar la aplicación de preceptos legales, cuestión que no se podía lograr a través de las acciones tradicionales de defensa de los derechos fundamentales (i.e., recurso de protección y recurso de amparo). De esta forma, incluso para quienes entienden que el RII tiene por finalidad principal asegurar la supremacía constitucional, se ha ido reconociendo que aquel “coayuda, en la práctica, al respeto y promoción de los derechos fundamentales”.⁴⁷

En nuestra opinión, nos parece que la dicotomía presentada es en sí discutible. En efecto, la plena aplicación de la supremacía constitucional necesariamente comprende el pleno respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la CP. Sin embargo, entendiendo que la diferenciación puede justificarse como un asunto de énfasis, nos parece que el RII puede servir a ambos fines.⁴⁸ Sin embargo, consideramos que existe una diferencia relevante entre ellos, y es que la reafirmación de la supremacía constitucional estará siempre presente en todo RII, reflexión que no se extiende a la protección de derechos fundamentales. Puesto de otro modo, siempre que la aplicación de una ley vulnere derechos fundamentales se estará también afectando la supremacía constitucional, pero no siempre que se ataque esta última se estarán infringiendo derechos fundamentales (al menos *strictu sensu*). Ello es así por el simple hecho que la CP contiene múltiples contenidos diversos a los derechos fundamentales, y en ocasiones el RII contrastará la aplicación de una ley justamente con esos otros contenidos.

En razón de lo anterior, y parafraseando a nuestro Código Civil, nos parece que una lógica estricta nos obliga a reconocer que la defensa de la supremacía constitucional es el fin primario del RII, toda vez que es de su esencia: de faltar no habría RII. En contraste, la protección de los derechos fundamentales puede o no estar presente como finalidad de un RII en particular: sería accidental al mismo.⁴⁹

⁴⁷ PEÑA (2009) p. 431.

⁴⁸ Algo similar, si bien todavía en una perspectiva dicotómica, ha sido postulado por el profesor FIAMMA (1990) en relación a la nulidad de derecho público.

⁴⁹ No decimos de la “naturaleza” porque la finalidad de defensa de derechos fundamentales no puede suponerse a falta de una expresión en contrario. Simplemente depende de cada caso y no puede construirse una regla general al respecto, ni siquiera sobre la base estadística de los RII presentados y/o fallados o acogidos.

Volviendo a la inquietud en cuanto a la posible avalancha de RII, resulta evidente que, al menos a primera vista, refuerza estos temores el hecho que los litigantes encuentren en el RII una instancia única (en cuanto se dirige en contra de preceptos legales) y adicional para defender sus pretensiones en materia de protección de derechos fundamentales. Sin embargo, creemos que la claridad respecto de cuál es el fin primordial del RII, unido a una jurisprudencia rigurosa del TC en cuanto a no aspirar a convertirse en una “tercera instancia”, y al desarrollo de doctrinas tales como la deferencia razonada hacia el legislador, comprendiendo en ella el respeto a su autonomía y la presunción de constitucionalidad de la ley (a los cuales volveremos más adelante), pueden hacer una gran diferencia en esta materia.

- ii) En cuanto al control abstracto, sus efectos generales son simplemente radicales al expulsar una norma del ordenamiento jurídico (artículo 94 de la CP). En efecto, se trata de una sentencia jurisdiccional que deroga nada menos que un precepto legal, cuestión que evidencia claramente que el legislador ha terminado de perder esa aura de infalibilidad y cuasimajestad de que gozara hasta mediados del siglo XX. Más aún, se ha superado el paradigma rousseauiano del juez como mera boca que pronuncia la ley, quien ahora asume en plenitud el rol de “legislador negativo” que Hans Kelsen visionara para el “guardián de la Constitución”.⁵⁰

Cabe destacar a este respecto que a la fecha sólo se han dictado dos sentencias derogatorias de un precepto legal por inconstitucionalidad,⁵¹ tal vez en parte debido al alto quórum que se requiere para ello (4/5 de los miembros del TC en ejercicio, artículo 93 N° 7 de la CP). Si bien la primera de ellas se ha comentado en detalle en esta misma revista,⁵² quisiéramos recordar en esta ocasión que aquella produjo una serie de problemas, particularmente en cuanto a su aplicación por parte de los tribunales ordinarios de justicia. Nos referimos al cruce de oficios entre la Corte Suprema y el TC; las diferentes aplicaciones de la sentencia del TC por parte de diversos tribunales de justicia; la incertidumbre que se produjo para quienes se encontraban en juicios iniciados donde ya se había aplicado el artículo 116 del Código Tributario que se derogaba; la gran discusión al interior del TC respecto de cómo proceder respecto de ciertas situaciones ya en curso, entre otros. Tales dificultades evidenciaron la necesidad de desarrollar una serie de prácticas y doctrinas acerca

⁵⁰ KELSEN (1999).

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Rol 681 y (2009) Rol 1345.

⁵² DÍAZ DE VALDÉS (2007) y VERDUGO (2008).

de los efectos de las sentencias derogatorias de preceptos legales que complementen el texto constitucional, y eventualmente, el de la nueva versión de la ley orgánica del TC, hoy bajo control preventivo de constitucionalidad del propio TC.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el TC no sólo ganó facultades mediante la Reforma 2005, sino que su posición institucional se vio notablemente reforzada en relación a los otros poderes del Estado, al punto de alterar considerablemente el diseño constitucional precedente. Si bien este proceso puede considerarse como una evolución natural de nuestro modelo de control concentrado de constitucionalidad,⁵³ aquel ha presentado consecuencias tanto positivas como negativas. Entre las primeras destaca la mayor exigencia, eficacia y aplicación del principio de la supremacía constitucional, así como la mejor protección de los derechos fundamentales. Entre las segundas mencionamos la agudización de la crítica contramayoritaria, que si bien es marginal en la doctrina chilena, no deja de ser jurídicamente relevante,⁵⁴ más aún cuando consideramos la escasa *accountability* de los ministros del TC en nuestro sistema, quienes están incluso exentos de un posible juicio político por parte del Congreso Nacional. También debemos mencionar la eventual hipertrofia de un órgano al que hemos otorgado un conjunto no del todo homogéneo de competencias (piénsese, por ejemplo, en sus facultades en materia de inhabilidad del Presidente, inhabilidades ministeriales e incompatibilidades parlamentarias).

Agréguese a lo ya señalado el hecho de que, en la práctica, hemos cargado al TC la responsabilidad de resolver ciertos conflictos particularmente divisivos, o de gran implicancia político-partidista, moral, filosófica o incluso religiosa. Piénsese en los casos Píldora I,⁵⁵ Píldora II,⁵⁶ Navarro⁵⁷ y Transantiago.⁵⁸ Un excelente ejemplo es el segundo de ellos, donde el TC debió resolver cuestiones tan polémicas como el momento en que comienza la vida, el estatus jurídico de persona del *nasciturus* y los efectos abortivos de la llamada píldora del día después.⁵⁹ Esto llevó a grandes críticas al TC, y a denuncias públicas y grandilocuentes acerca de su paternalismo y de su falta de competencia o legitimidad para resolver estos asuntos. A nuestro juicio, el TC hubiese preferido

⁵³ Al respecto, Ríos ha señalado que se trata de una suerte de justa reivindicación por parte del TC, ya que: "No se le entregaron todas las atribuciones que le correspondían y la reforma constitucional ha procurado, en gran medida, restituirle lo suyo". RÍOS (2007) p. 335.

⁵⁴ Véase la síntesis de los argumentos y la discusión nacional en esta materia en ZAPATA (2008) capítulo I. Véase también CAPPELLETTI (1984).

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Rol 591.

⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) Rol 740.

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) Rol 970.

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) Rol 1035.

⁵⁹ Hemos analizado este fallo con mayor detenimiento en DÍAZ DE VALDÉS (2009).

mantenerse al margen de tales conflictos, pero hemos sido nosotros quienes lo hemos forzado a intervenir. En otras palabras, es importante recalcar que parte importante del robustecido rol institucional que ha adquirido el TC se debe no a la sola norma constitucional (en sí determinante, tal como lo analizamos previamente), sino también al uso que hemos hecho de él, particularmente en materias altamente divisivas y de gran visibilidad pública.

Ahora bien, lo expuesto hasta este momento podría llevarnos a pensar que estamos frente a una suerte de “nuevo soberano” de nuestro sistema constitucional, órgano particularmente poderoso en el contexto de los tribunales constitucionales latinoamericanos.⁶⁰ Sin embargo, como se ha largamente estudiado,⁶¹ el poder de los tribunales constitucionales puede ser intenso, pero a la vez limitado. Es lo que se ha llamado “poder negativo” o “poder moderador”. Si bien nos parece que tales posturas pueden llevar al error de despreciar la potencia del “activismo judicial”,⁶² no dejan de hacer sentido en cuanto a los límites naturales de la función jurisdiccional constitucional, la que por extensa que sea, no podrá jamás asumir funciones netamente ejecutivas y legislativas, al menos en forma activa.

Adicionalmente, nuestro sistema presenta ciertas características que ayudan a morigerar esta imagen del TC como poder monolítico e incontrastable. En primer término, se ha afirmado que aquel carece de imperio. Si bien este tópico ha sido debatido, particularmente a raíz de la derogación del artículo 116 del Código Tributario,⁶³ entendemos que a la fecha no ha sido expresamente zanjado por la jurisprudencia constitucional. En todo caso, es evidente que la sola duda ya resta poder al TC y eficacia a sus decisiones.

En segundo lugar, el TC está excluido del sistema de nombramiento de sus propios ministros, cuestión que reduce la gravitación en el tiempo de las actuales mayorías existentes en su interior, abriendo el órgano a diversas corrientes exógenas, particularmente aquellas que provienen de los otros poderes del Estado, que son quienes seleccionan a los nuevos ministros.⁶⁴

En tercer término, el artículo 31 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (“LOC TC”), establece el deber de los ministros dis-

⁶⁰ Cf. NOGUEIRA (2005a).

⁶¹ Véase, por ejemplo, BICKEL (1986) y KELSEN (1999).

⁶² Véase PEÑA (2008) pp. 313-314.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Rol 681.

⁶⁴ El profesor Ríos ha criticado fuertemente esta forma de generación, la cual sería de “confianzas divididas” y no de “confianza compartida”, cual sería el caso de un sistema de nombramiento en que participan varios órganos del Estado conjuntamente. RÍOS (2007) pp. 340 y 341.

crepantes de dejar constancia de sus diferencias, cuestión que ha dado lugar a una creciente utilización de votos concurrentes y disidentes. Si bien esta figura crea cierta confusión, nos parece que contribuye enormemente a desarrollar una dogmática más profunda y rica del derecho constitucional. En efecto, los fallos de la mayoría pueden ser más nítidos al evitar hacer esfuerzos desmedidos por simular un consenso entre los miembros del TC que no existe. Dicha libertad también se transfiere a los disidentes y previnientes, quienes pueden exponer con claridad sus puntos de vista, muchas veces apuntando certeramente a los errores o debilidades de la postura mayoritaria, y de esa manera dejando la puerta abierta para futuros cambios. Este sistema, por tanto, aumenta la libertad pero también la responsabilidad de los ministros, así como la transparencia de sus posiciones. No obstante lo anterior, y volviendo a nuestro tópico, no cabe duda que esta técnica de alguna forma afecta la autoridad de la sentencia. Es así como la abundancia de votos disidentes y prevenciones nos puede evidenciar que no había mayor acuerdo en el seno del TC sobre el asunto discutido, y por tanto se relativiza la importancia de la opinión de la mayoría, suscitando dudas acerca de su permanencia en el tiempo. En otras palabras, cuando el TC no habla con una sola voz, sino con varias, aquellas voces pierden parte de la autoridad e influencia que una única voz podría poseer.

En cuarto lugar, debemos considerar que el TC ha desarrollado ciertas doctrinas que han tenido por objeto, precisamente, reforzar la separación de funciones mediante su autorrestricción en el ejercicio de sus facultades de control. La más evidente de tales doctrinas es la de la "deferencia razonada", en virtud de la cual "los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía" y que "demanda de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía".⁶⁵ Esta doctrina ha sido aplicada por el TC fundamentalmente en relación al legislador,⁶⁶ quien goza de una suerte de "majestad democrática" de la cual el TC carece. Sus dos aplicaciones fundamentales⁶⁷ han sido el respeto del TC hacia la autonomía del legislador (relativa por cierto),⁶⁸ y más importante aún, el reconocimiento de una presunción de constitucionalidad de sus actos.⁶⁹

⁶⁵ ZAPATA (2008) p. 227.

⁶⁶ PEÑA (2006).

⁶⁷ Cf. ZAPATA (2008) pp. 227 y ss.

⁶⁸ ZAPATA (2008) pp. 233-242.

⁶⁹ Algunos ejemplos de la aplicación de esta doctrina por parte del Tribunal Constitucional pueden encontrarse en sus fallos TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) Rol 1215, considerando Decimoprimer, y (2000) Rol 309, considerandos Primero y Segundo. Véase también el voto concurrente del Ministro Jorge Correa Sutil en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) Rol 1250. Esta materia también ha sido tratada en ZAPATA (2008) pp. 243-247.

El mismo principio de deferencia razonada se ha aplicado en relación con los tribunales ordinarios de justicia. Es así como el TC ha repetido en diversas ocasiones que la aplicación de sus fallos, o la forma de llevarlos a cabo en determinadas situaciones, no son determinables por él, ya que tales facultades corresponden exclusivamente a los tribunales ordinarios de justicia.⁷⁰ Del mismo modo, se ha insistido en que el RII no sería jamás un medio idóneo para impugnar resoluciones judiciales,⁷¹ y que el TC está obligado a respetar la competencia de los jueces del fondo.⁷²

En definitiva, de todo lo expuesto podemos concluir que si bien no se puede negar que el TC fue notablemente potenciado por la Reforma 2005, diversas consideraciones sistémicas y funcionales nos permiten adoptar una visión más temperada de tal fortalecimiento.

En este contexto, no cabe sorprenderse respecto de la importancia que ha adquirido el estudio de la jurisprudencia del TC, más aún a la luz del conocido proceso de constitucionalización del derecho. Es evidente que sus decisiones afectan las actuaciones de los otros órganos del Estado y también de los ciudadanos, y la aparición y desarrollo de nuevas doctrinas es seguida con interés por los demás actores jurídicos.

Por lo mismo, la privilegiada postura adquirida por el TC conlleva una serie de responsabilidades. En particular nos referimos a la calidad de sus sentencias, y a la función educativa y orientadora que cumple a través de sus fallos. Es así como se agradece cuando el TC profundiza y desarrolla las doctrinas que va aplicando (especialmente cuando son novedosas en el derecho chileno, e.g., principio *pro homine*, presunción de constitucionalidad de la ley, principio de realidad en materia de derechos fundamentales). También cuando venciendo una tendencia natural en los tribunales de justicia, se pronuncia respecto de todos los asuntos y vicios sometidos a su conocimiento, y no sólo sobre el mínimo indispensable para establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad respectiva.⁷³ Del mismo modo, se agradece cuando el TC logra transparentar en sus fallos las metodologías que ha utilizado (e.g., en materia probatoria, en la aplicación de principios), o la forma en que ha razonado para alcanzar su decisión. Idealmente se debe hacer cargo de los argumentos contrarios, tanto los de los disidentes como aquellos provenientes de la doctrina y la jurisprudencia.

⁷⁰ Esta noción se repitió con particular intensidad en relación a la aplicación del fallo que declaró inconstitucional con efectos generales el artículo 116 del Código Tributario, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Rol 681.

⁷¹ PEÑA (2009) pp. 429-430.

⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) Rol 1129 y (2007) Rol 790.

⁷³ PEÑA (2009) p. 433.

dencia. Mejor aún cuando logra enunciar orientaciones, estándares, criterios que puedan guiar la actuación a futuro de los actores jurídicos. Finalmente, es importante desarrollar un honesto, adecuado y fluido uso de sus propios precedentes.⁷⁴

Sabemos que se trata de grandes exigencias, particularmente considerando el notorio incremento en la cantidad de trabajo que la Reforma 2005 ha significado para los ministros.⁷⁵ Sin embargo, estamos en un período de refundación de la Justicia Constitucional, y por tanto, es el momento de establecer los altos estándares que deben guiar su actuación. En palabras de un ministro y ex Presidente del TC: “La Justicia Constitucional en Chile se halla en proceso de transición desde una mera organización a una verdadera institución, o sea, en el paso de lo inestable a lo estable, de lo subordinado a lo autónomo, de lo débil a lo vigoroso”.⁷⁶ Ojalá que ese proceso responda adecuadamente a las altas expectativas de la Reforma 2005.

III. Modificaciones pendientes

Durante los años posteriores a la Reforma 2005, diversos autores han sugerido variadas reformas adicionales a la CP. Algunos han puesto el énfasis en el tema electoral, consagrando elecciones primarias⁷⁷ y un sistema electoral proporcional;⁷⁸ otros en el perfeccionamiento de los sistemas de control y fiscalización⁷⁹ y la creación de ciertos órganos como una Defensoría del Pueblo⁸⁰ y un Consejo Nacional de la Justicia.⁸¹ También se han propuesto modificaciones tan diversas como el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas;⁸² la incorporación de contenidos propios de una “Bioconstitución”;⁸³ el tratamiento de la inconstitucionalidad por omisión;⁸⁴ el establecimiento de la colegiatura obligatoria para ciertas profesiones;⁸⁵ y el perfeccionamiento del estatuto del derecho internacional y su relación con el derecho interno,⁸⁶ entre otras.

⁷⁴ Véase ZAPATA (2008) capítulo V; VARAS (2007), y PEÑA (2006).

⁷⁵ CEA (2007c) p. 234 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

⁷⁶ CEA (2007d) p. 91.

⁷⁷ BANDA (2007) p. 67.

⁷⁸ Cf. QUINZIO (2007) pp. 79 y 80.

⁷⁹ NAVARRO (2007) p. 28, y GARCIA y BRUNET (2007) pp. 217 y ss.

⁸⁰ QUINZIO (2007) p. 82.

⁸¹ QUINZIO (2007) p. 84.

⁸² Boletín N° 2534-07, HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005), p. 18.

⁸³ CUMPLIDO (2005B) p. 578.

⁸⁴ Véase en esta materia DORN (2007) pp. 18-19; VERDUGO (2009) y ZAPATA (2008) pp. 315 y ss.

⁸⁵ QUINZIO (2007) p. 81.

⁸⁶ CAMPUSANO (2006) pp. 40 y 41.

Sin embargo, reformar una Constitución es un tema delicado, el cual debe responder a un cuidadoso balance entre la necesidad de implementar los cambios necesarios, en el tiempo adecuado, y la importancia de dar estabilidad al texto constitucional vigente.

Tradicionalmente, se ha querido concebir a la CP como algo inmutable en razón de diversas consideraciones. Se puede así enfatizar su naturaleza de pacto político fundamental, el que por su importancia no debe ser alterado. También es posible destacar que ha sido el resultado de complejos procesos político-jurídicos que no deben sacudir frecuentemente a una sociedad. Más aún, pensamos que influyen en esta materia antiguas concepciones positivistas y iusnaturalistas. En virtud de las primeras, la CP es la base de la pirámide normativa, y tal como los fundamentos de una casa, no puede alterarse sin afectar gravemente todo el ordenamiento jurídico, cuestión que aconseja gran prudencia. En razón de las segundas, la CP debiera ser una suerte de “destilado” de descubrimiento racional del derecho inscrito en la naturaleza misma del ser humano, y por tanto su modificación es casi una contradicción en los términos, salvo que se trate de correcciones a reglas equivocadas o de importancia secundaria. Finalmente, debemos considerar la importancia de contar con Constituciones conocidas, apreciadas y respetadas por sus pueblos, cuestión que obviamente exige la estabilidad del texto constitucional.

No obstante lo anterior, creemos que toda Constitución tiene vocación de cambio, toda vez que es un medio y no un fin en sí misma, y que los fines que la justifican son precisamente los que la obligan a evolucionar. En efecto, la Constitución existe para imponer límites efectivos al poder, el cual se va desplazando dentro del Estado (e.g., del monarca al legislador, del legislador al Ejecutivo), cuestión que obliga a las Constituciones a ser flexibles y transformarse para “seguir” a ese poder y continuar cumpliendo su cometido. Las Constituciones también se justifican por su consagración y protección de derechos fundamentales, los cuales son constantemente evolutivos e incluso expansivos, circunstancia que a su vez produce la inevitable evolución de las Constituciones. Más aún, las Constituciones son hoy sociales más que estatales: se identifican con una sociedad determinada. Las sociedades, sin embargo, no son estáticas, sino que cambian constantemente, obligando de esa forma a sus Constituciones a evolucionar.

En definitiva, hoy no cabe duda que “Cada Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas”.⁸⁷ Su evolu-

⁸⁷ LOEWENSTEIN (1983) p. 164.

ción y adaptación es algo imprescindible. Si ello no ocurre a tiempo mediante procesos de reforma constitucional, los cambios se producen de todas formas a través de mecanismos informales tales como la mutación constitucional, la interpretación de ciertos agentes (e.g., tribunales constitucionales, tribunales ordinarios de justicia, Contraloría General de la República), las convenciones o costumbres, o incluso la simple desobediencia o desuso.⁸⁸ Más aún, una Constitución que no cambia lo suficiente, y a tiempo, puede ser derechamente reemplazada por vías pacíficas o violentas, ya que el vínculo con su pueblo se ha perdido o afectado mortalmente. En efecto, el "sentimiento constitucional" loewensteiniano⁸⁹ puede verse debilitado no sólo por el exceso de cambio constitucional, como siempre se ha afirmado, sino también por su ausencia, insuficiencia o tardanza.

En este contexto, no debemos horrorizarnos ante la posibilidad de volver a modificar nuestra Constitución, o del hecho de que a poco de haber realizado tantas y tan profundas alteraciones a su texto comencemos a pensar en otros cambios adicionales. Lo que sí debe preocuparnos es la implementación recurrente de cambios menores, no orgánicos, que permanentemente estamos introduciendo a nuestra Constitución bajo una "filosofía del parche". Es así como nuestra CP ha sido modificada en veinticuatro ocasiones, pero sólo dos reformas han sido realmente orgánicas: la de 1989 y la de 2005. Esta es la forma correcta de modificar la CP: de forma sistémica, después de una profunda discusión previa, suponiendo importantes consensos políticos. En vivo contraste con lo anterior, después de la Reforma 2005 ya hemos introducido seis alteraciones a nuestra CP, varias de las cuales denotan una filosofía "de parche", o al menos de improvisación y poca sistematicidad.

Ahora bien, al reflexionar acerca de qué modificaciones adicionales deberíamos introducir a nuestra CP, nos parece que debiéramos tener presentes los siguientes criterios (no reglas absolutas):

1. Evitar una constitucionalización extrema del derecho, rigidizando cuestiones propias de la libre decisión política.
2. Evitar modificaciones meramente simbólicas que no tengan efectos prácticos relevantes.
3. Incorporar soluciones claras a problemas reales recurrentemente denunciados por la jurisprudencia y la doctrina.

⁸⁸ Diversos autores se han referido a estas materias. Entre las obras completamente dedicadas a los cambios constitucionales, véanse, por ejemplo, JELLINEK (1991) y DÍAZ (2004).

⁸⁹ LOEWENSTEIN (1983), pp. 199 y ss.

4. Intentar realizar reformas sistemáticas y no “de parche” o “de cuentagotas”.
5. Exigir un debido proceso previo de discusión, socialización y consenso de las modificaciones.

Establecido lo anterior, sólo nos resta mencionar brevemente algunas de las reformas que nos parecen necesarias en el corto plazo.

1. Asambleas Regionales

Si bien el proceso de regionalización comenzó hace más de 30 años en Chile,⁹⁰ sus resultados han sido bastante modestos. Es por ello que varias reformas constitucionales han intentado darle nuevo impulso, creando los Gobiernos Regionales⁹¹ y promoviendo la descentralización en general.⁹² La Reforma 2005 siguió esta línea, estableciendo el deber de los órganos del Estado de promover “el fortalecimiento de la regionalización del país” e introduciendo en el artículo 4° de Bases de la Institucionalidad, el principio de solidaridad entre las regiones (ya presente en el Capítulo XIV de la CP, sobre Gobierno y Administración Interior del Estado).

A este respecto, opinamos que la Reforma 2005 fue débil.⁹³ Sabiendo que la regionalización ha sido tan difícil de profundizar, y que las reformas constitucionales anteriores no habían tenido el efecto deseado, se hubiera esperado una actitud mucho más comprometida y radical del constituyente del 2005. Evidentemente, resulta necesario abrirse a otras formas de avanzar en el proceso.

Ahora bien, un elemento crucial para el éxito de la regionalización es el compromiso de las comunidades regionales. Recordemos que en Chile comenzamos al revés: creamos jurídicamente las regiones, esperando que aquellas se convirtieran en una unidad socio-cultural y, con el tiempo, política. Experiencias

⁹⁰ Decreto Ley N° 573, Estatuto del Gobierno y Administración Interiores del Estado, publicado en el Diario Oficial el 12 de julio de 1974, y Decreto Ley N° 575, Regionalización del País, publicado en el Diario Oficial el 13 de julio de 1974.

⁹¹ Ley N° 19.097, Modifica la Constitución Política de la República en Materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal, publicada en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1991.

⁹² Ley N° 20.346, Reforma Constitucional en Materia de Asociacionismo Municipal, publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo de 2009; Ley N° 20.193, Reforma Constitucional que Establece los Territorios Especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández, publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 2007, y Ley N° 19.526, Reforma Constitucional Sobre Administración Comunal, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 1997.

⁹³ Cf. NUÑEZ (2005). Una visión particularmente crítica de la Reforma 2005 en materia de regionalización puede encontrarse en TAPIA (2005) pp. 45 y ss.

comparadas exitosas en materia de regionalización (e.g., Italia, Francia, España), nos demuestran que el camino es el inverso: debe existir una comunidad socio-cultural, que desarrolla una voz política, la cual termina exigiendo una consagración jurídica.

En este contexto, resulta imprescindible apurar la formación de comunidades políticas regionales. Creemos que el medio más idóneo para ello son la realización de elecciones políticas locales, capaces de dar forma a una "política regional" al interior de cada región, idealmente con partidos políticos regionales dotados de una agenda propia, y sólo muy flexiblemente asociados a partidos nacionales. Lo anterior supone traspaso de poder político real a las regiones, quienes debieran ser capaces de elegir sus propias autoridades, i.e., el Gobierno Regional.

La tramitación parlamentaria de la Reforma 2005, sin embargo, dejó en evidencia que no existía voluntad política para introducir cambios de tal entidad. Las opiniones presentadas en esta línea por algunos destacados autores invitados fueron rechazadas de plano.⁹⁴ Las únicas muestras de un compromiso levemente mayor en materia de regionalización fueron dos. Una la dio el Presidente de la República al presentar una indicación para que los gobiernos regionales pudieran complementar regulación reglamentaria bajo el control de la Contraloría General de la República. Sin embargo, el mismo Presidente retiró la indicación señalada.⁹⁵ La segunda fue una moción de cuatro senadores⁹⁶ destinada a cambiar la composición de los Consejos Regionales, introduciendo a los parlamentarios de la zona y representantes de los alcaldes y concejales, idea que no prosperó.⁹⁷

Dado el temor de la clase política gobernante a la elección directa de las autoridades regionales, nos parece que en una primera etapa debiera mantenerse un sistema compartido: intendente designado y asamblea representativa popularmente elegida. Esta última sustituiría al Consejo Regional, y contaría con funciones representativas, legislativas y de control. Entre las ventajas de esta fórmula, destacamos que se otorgaría mayor contenido a conceptos tales

⁹⁴ Es así como el senador Larrain, al aclarar en el contenido de la reforma propuesta al artículo 3° de la CP en el contexto del debate de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, fue tajante al afirmar: "ésta no propicia estructurar a las regiones como unidades con autoridades elegidas y, por lo tanto, autogobernadas". HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 112.

⁹⁵ Indicación N° 137. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 997.

⁹⁶ Moción de los senadores Matta, Moreno, Sabag y Viera-Gallo, Boletín N° 2.599-07. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) pp. 643-646.

⁹⁷ La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado desechó unánimemente esta proposición. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 646.

como representación política y soberanía popular; se moderaría el poder del Presidente de la República y de los partidos políticos; permitiría ensayar en espacios políticos más pequeños y manejables la introducción de mecanismos propios de la democracia semidirecta, y se avanzaría en la concreción y el desarrollo de principios constitucionales tan esenciales como la primacía de la persona humana y la subsidiariedad.

Finalmente, debemos destacar que la realidad nacional, marcada por la progresiva exigencia de una mayor profundización del proceso regionalizador, así como la situación internacional, caracterizada por el resurgimiento de las autonomías locales, conforman un contexto armónico a la introducción de asambleas regionales popularmente electas.

2. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica: artículo 19 N° 1 de la CP

Existen dos factores que recomiendan una revisión de este numeral de la CP. El primero dice relación con la experiencia práctica de estos casi 30 años de vigencia de la CP, en cuanto a la confusa redacción del artículo 19 N° 1 inciso 2° de la CP. El segundo se refiere a los nuevos desafíos impuestos por el desarrollo de la medicina, la genética y la biotecnología.

En cuanto al primer punto, sabemos que nuestra CP no fue suficientemente clara. En efecto, la norma dispone: *“La ley protege la vida del que está por nacer”*, frase cuya curiosa redacción refleja una solución de compromiso al interior de la Comisión de Estudios del Anteproyecto de Nueva Constitución Política del Estado,⁹⁸ donde la manzana de la discordia fue la eventual autorización legal del aborto.

La frase en comentario es confusa, o no determinante, al menos en tres aspectos fundamentales:

- a) El estatus del *nasciturus*: ¿qué es lo que está por nacer? ¿una persona?
- b) El momento desde el cual comienza la protección: ¿fecundación?, ¿anidación?, ¿día catorce?, etc.
- c) La intensidad del mandado de protección al legislador y su eventual permisividad a una ley de aborto.

⁹⁸ Véanse principalmente las sesiones N° 84 (4 de noviembre de 1974); 87 (14 de noviembre de 1974); 89 (21 de noviembre de 1974); 90 (25 de noviembre de 1974); 94 (12 de diciembre de 1974) y 407 (9 de agosto de 1978).

Evidentemente, las preguntas anteriores están relacionadas. Si el *nasciturus* es una persona, aquel es titular de todos los derechos reconocidos en nuestra CP (artículo 5° de la CP), incluyendo por supuesto el derecho a la vida. De esta forma, la frase en discusión no podría leerse como una protección relativizada o menos intensa, ya que el Estado estaría obligado a brindar igual protección al no nacido y al nacido en cuanto ambos son igualmente personas. Consecuentemente, el aborto sería inconstitucional siempre, y sólo podría discutirse en casos de peligro para la vida de la madre (sería un caso de conflicto entre derechos a la vida). Todo lo anterior, sin embargo, requiere la determinación del momento en que consideremos al *nasciturus* como persona, ya que sólo ahí se gatilla la protección constitucional analizada.

En cambio, si el *nasciturus* no es persona, tampoco es titular de derechos fundamentales, y su protección por parte del Estado depende de otras consideraciones (si la vida del no nacido es o no un bien jurídico que merece protección estatal,⁹⁹ si se trata de un proceso que no puede ser legítimamente interrumpido,¹⁰⁰ etc.), lo cual llevaría a pensar que la norma en estudio contendría un mandato de protección relativizado o menos intenso en relación al no nacido.¹⁰¹ Evidentemente, aún esta protección menor queda sujeta a determinar desde qué momento podemos considerar que existe un *nasciturus*.

La postura dominante en Chile es la primera. No sólo piensa así la mayoría de la doctrina iuspublicista,¹⁰² sino que el TC ha recientemente zanjado el punto en su fallo Rol 740, donde señaló clara y determinadamente que el *nasciturus* es persona, titular del derecho a la vida desde la concepción.¹⁰³

No obstante lo anterior, nos parece que la experiencia comparada demuestra que esta es una materia tan delicada, y tan potencialmente divisiva para una sociedad,¹⁰⁴ que lo más honesto, conveniente y preventivo sería definir estos asuntos vía reforma constitucional expresa,¹⁰⁵ recogiendo explícitamente lo resuelto por el TC en la materia.

⁹⁹ Cf. BASCUÑÁN (2004) pp. 62 y ss.

¹⁰⁰ Cf. RODRÍGUEZ (2008) pp. 10-15.

¹⁰¹ BASCUÑÁN (2004) pp. 54 y ss. y MARSHALL (2008) p. 156. Cf. ALDUNATE (2008) p. 150; EVANS DE LA CUADRA (1999) pp. 113-114; FIGUEROA (2007) p. 117. Véase también el fallo de la CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (2008) Rol 230-2008, considerando cuarto.

¹⁰² Véase SILVA et al. (2003), particularmente N°s 2 a 8.

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) Rol 740, considerandos Quincuagésimo cuarto, Quincuagésimo octavo, Sexagésimo cuarto, entre otros.

¹⁰⁴ Piénsese particularmente en la experiencia de los EE.UU., donde también la resolución final del tema ha quedado en manos del intérprete final de la Constitución, cual es la Corte Suprema norteamericana.

¹⁰⁵ Durante la discusión de la Reforma 2005, el senador Martínez presentó la Indicación N° 72, la cual insertaba al final del inciso 2° del artículo 19 N° 1 la frase "que es tal desde el momento mismo de la concepción". HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 1079.

En relación a los desafíos impuestos por los avances de la medicina, la genética y la biotecnología,¹⁰⁶ resulta evidente que aquellos han generado grandes impactos e interrogantes en relación a la protección jurídica aplicable a ciertas situaciones. Así, por ejemplo, el tratamiento de células madre; el desarrollo de “correcciones genéticas” vía modificación del ADN; la experimentación con óvulos fecundados; la eventual clonación; entre otros temas, exigen al derecho una especificidad bastante mayor a la clásica protección genérica de la vida humana. Si bien la CP no puede aspirar a regular expresamente todos estos temas, al menos una consagración expresa del estatus del no nacido en cuanto persona, desde la fecundación, y por tanto titular del derecho a la vida, entregaría un marco jurídico sustancialmente más firme y claro para el análisis de los temas propuestos. En otras palabras, el aborto ha dejado de ser el único tópico para el cual es relevante definir la protección constitucional del *nasciturus*, cuestión que ya ha sido evidenciada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.¹⁰⁷

3. Reenfocar la noción de derechos fundamentales

Sabemos que nuestra CP obedece y recoge en su texto distintas tradiciones y filosofías, tales como el humanismo cristiano, el neoliberalismo, la socialdemocracia, el iusnaturalismo, el autoritarismo, entre otros. Si bien es posible reconocer en ciertas partes la influencia dominante de alguna de aquellas tendencias, como regla general podemos observar una interesante y compleja convivencia entre ellas.¹⁰⁸

En materia de derechos fundamentales, tal convergencia de tradiciones es evidente. Así, por ejemplo, coexisten en la CP un orden público económico fuertemente liberal o neoliberal, con ciertas limitaciones a los derechos basadas en consideraciones más bien comunitarias (e.g., función social de la propiedad), con un concepto englobante de los derechos fundamentales que proviene del humanismo cristiano o socialcristianismo, como es el bien común.

No obstante lo anterior, creemos que la CP, en términos generales, obedece a una concepción marcadamente individualista y voluntarista de los derechos fundamentales, cuestión que se refleja en el lenguaje utilizado por ella y por los actores jurídicos llamados a aplicarla. Ello nos parece peligroso. Ya lo advertía Glendon respecto a la similar experiencia de los Estados Unidos: “*Nuestro lenguaje sobre los derechos, con su carácter absolutista, estimula expectativas poco*

¹⁰⁶ Véase CUMPLIDO (2005b) p. 578.

¹⁰⁷ Hemos tratado estas materias con mayor detalle en otra ocasión. Véase DÍAZ DE VALDÉS (2008).

¹⁰⁸ Dada la radical importancia del elemento teleológico en la interpretación de la CP, la situación descrita puede constituir una gran dificultad, a la vez que una tremenda oportunidad, para el intérprete.

*realistas, intensifica los conflictos sociales e inhibe el diálogo que podría conducir al consenso, al ajuste, o al menos a encontrar un terreno común. Al no pronunciarse acerca de las responsabilidades, parece tolerar que se acepten los beneficios que acarrea vivir en un Estado democrático de bienestar social, sin aceptar los correspondientes deberes personales y cívicos. En su implacable individualismo, estimula un ambiente poco acogedor para los fracasados de la sociedad, y ello sitúa sistemáticamente en desventaja a los agentes protectores y a los dependientes, jóvenes y viejos. En su despreocupación por la sociedad civil, debilita los principales semilleros de virtudes cívicas y personales. En su insularidad, les cierra la puerta a ayudas que podrían llegar a ser importantes para el proceso de autocorrección. Todos estos rasgos fomentan la simple afirmación por sobre la argumentación razonada”.*¹⁰⁹

Evidentemente, un fenómeno como el descrito es de naturaleza sociológica y excede al texto constitucional de un país. No obstante lo anterior, nos parece que una futura reforma constitucional debería considerar, a lo menos, la necesidad de reforzar la vinculación entre derechos y responsabilidad, y entre derechos y deberes. Si bien nuestro Capítulo III se titula “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, una somera mirada a la extensión cubierta por unos y otros, así como a la intensidad, exigibilidad y a la relevancia del contenido que el constituyente otorga a ambos grupos, demuestran a las claras que los deberes son francamente insignificantes al lado de los derechos. Algo similar ocurre con la responsabilidad que debe asumir quien desea ejercer un derecho, tratada sólo en forma esporádica a lo largo del artículo 19 de la CP (e.g., abusos a la libertad de expresión). Consecuencialmente, el mensaje que otorga la CP es fácilmente conciliable con el tipo de lenguaje, énfasis y problemas que Glendon denunciaba.

Si observamos la historia de la Reforma 2005, descubriremos que hubo ciertos intentos en la línea que estamos señalando. Es así como existieron dos mociones parlamentarias para reforzar los deberes constitucionales. Una de ellas optó por un listado cerrado de deberes, si bien con algunos numerales bastante amplios.¹¹⁰ La otra era de carácter general, y en lo medular señalaba lo siguiente: “*Las personas tienen deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella pueden desarrollar libre y plenamente su personalidad*”.¹¹¹

En todo caso, no se trata de imponer una visión comunitarista de los derechos fundamentales,¹¹² sino más bien de temperar el desbalance actualmente

¹⁰⁹ GLENDON (1998) pp. 93 y 94.

¹¹⁰ Indicación N° 112, presentada por el senador Vega. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 940.

¹¹¹ Indicación N° 113 de los senadores Flores y Viera-Gallo, y N° 114 de los senadores Gazmuri, Muñoz Barra, Naranjo, Núñez y Ominami. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 940.

¹¹² Véase GARCÍA PINO (2001).

existente en la CP. Más aún, debemos tener presente que la responsabilidad y los deberes no son elementos foráneos, sino que se encuentran presentes en nuestra tradición latinoamericana y romano-gérmica sobre derechos fundamentales.¹¹³

4. Otras modificaciones

- a) Mayor participación: como una forma de revitalizar la agónica participación ciudadana en los procesos políticos,¹¹⁴ es urgente la introducción de sistemas de democracia semidirecta que incrementen la periodicidad de la intervención del electorado en el funcionamiento del sistema constitucional.¹¹⁵ Nos referimos a la iniciativa popular de ley,¹¹⁶ la ampliación del referéndum constitucional¹¹⁷ y el *recall*, mecanismos que permiten “una especie de colaboración de los ciudadanos y sus representantes”.¹¹⁸ Del mismo modo, la ya mencionada creación de Asambleas Regionales constituiría un gran paso adelante en materia de participación ciudadana.
- b) Morigeración del presidencialismo reforzado: la evolución a un sistema semipresidencial ha sido planteada en múltiples ocasiones desde la reinstauración del Congreso Nacional en 1990.¹¹⁹ Sin embargo, consideramos que la constante resistencia a este cambio nos debe llevar a pensar más bien en morigerar el sistema que en sustituirlo. Esta parece haber sido la estrategia de la Reforma 2005.¹²⁰

En esta línea, nos parece particularmente importante la atenuación de las funciones colegislativas del Presidente de la República. En efecto, la situación actual en esta materia plantea serias dudas acerca de su capacidad para superar test mínimos de separación de funciones: ¿cómo es posible que el Presidente sea la cabeza del Ejecutivo y además el “gran legislador”? Todo

¹¹³ Véase GLENDON (2003) pp. 32-33 y (1998) p. 92. Véase también la Convención Americana sobre Derechos Fundamentales. Debemos reconocer, sin embargo, que si bien este texto consagra la noción de deberes, y también de responsabilidades, aquellos no presentan ni la relevancia ni la especificidad de los derechos contenidos en él.

¹¹⁴ BANDA (2007); NAVARRO (2007) p. 30 y QUINZIO (2007) p. 74.

¹¹⁵ Durante la tramitación de la Reforma Constitucional existieron diversas indicaciones en este sentido de los senadores Flores y Viera-Gallo (Indicaciones N°s 59 y 217); Gazmuri, Muñoz Barra, Naranjo, Nuñez y Ominami (Indicaciones N°s 60 y 218) y de los diputados Bustos, Ceroni, Pérez Lobos y Soto (Indicación N° 8). HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) pp. 929-962-2295 respectivamente.

¹¹⁶ NAVARRO (2007) p. 30; QUINZIO (2007) p. 85 y BANDA (2007) p. 66.

¹¹⁷ QUINZIO (2007) p. 78.

¹¹⁸ DUVERGER (1980) p. 81.

¹¹⁹ Particularmente interesante es el informe de la COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE RÉGIMEN POLÍTICO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (1992).

¹²⁰ Si bien algunos discuten que efectivamente se hayan moderado los poderes presidenciales en forma relevante. Ver *supra* nota 11.

ello con el consecuente desprestigio de la labor parlamentaria, la que se reduce hasta la cuasiinsignificancia en una de sus áreas más tradicionales. Es así como el sistema de urgencias debiera volver a ser lo que indica su nombre: un mecanismo para apurar aquello que no puede esperar, y no una forma de control absoluto sobre la agenda legislativa, como es hoy. Más aún, las Cámaras deben tener participación en el proceso de calificación de urgencias.¹²¹⁻¹²² A mayor abundamiento, consideramos que la amplísima iniciativa exclusiva presidencial (artículo 65 de la CP) no se justifica, particularmente a la luz de las vigorosas facultades de veto con que cuenta el Presidente de la República. Estas últimas le permiten detener cualquier amago de "irresponsabilidad parlamentaria",¹²³ y el costo político que ello pudiera significar no parece ser desproporcionado al poder y la responsabilidad que nuestro sistema entrega al Presidente de la República.

- c) Sistema electoral: uno de los puntos más álgidos de la discusión que rodeó a la Reforma 2005 fue el cambio del sistema electoral. Ante la ausencia de acuerdo, y con el fin de aprobar el conjunto de modificaciones ya consensuadas, se llegó a una extraña solución de compromiso.¹²⁴ Es así como se eliminó la referencia que se hacía en el texto de la CP al sistema binominal (antiguo artículo 45 de la CP), pero se agregó una disposición transitoria (Cuadragésimo Segunda, hoy Decimotercera) que establece que las modificaciones al sistema electoral vigente requieren de un quórum de 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio. Esta situación nos parece sumamente anómala y debiera modificarse a futuro. En efecto, si lo que se busca es mayor estabilidad, debemos recordar que el artículo 18 de la CP establece que el sistema electoral debe regularse por ley orgánica constitucional, cuyo quórum reforzado es de 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio. En consecuencia, de no existir la Decimotercera disposición transitoria, la agravación del quórum sería bastante similar (69 diputados

¹²¹ Véase QUINZIO (2007) p. 103.

¹²² Se presentaron diversas indicaciones en este sentido por el senador Martínez (Indicación N° 234, inadmisibles); los diputados Guzmán y Galilea (Indicación N° 81, rechazada) y los diputados Ascencio, Burgos, Luksic y Mora (Indicación N° 82, rechazada). HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) pp. 966-997 y 2315, respectivamente.

¹²³ Esta fue la razón principal que se esgrimió para el progresivo fortalecimiento de la iniciativa exclusiva presidencial. FERNANDOIS y GARCÍA (2009), y SILVA (1997).

¹²⁴ HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 2201. Véase también PFEFFER (2005) p. 619. En todo caso, el origen del tratamiento de la modificación al sistema electoral en la Reforma 2005 puede encontrarse en el Boletín 2.534-07. Durante la tramitación se escuchó la opinión de algunos profesores respecto al sistema binominal, presentándose posteriormente diversas indicaciones referentes a esta materia (Indicaciones N°s 155 a 159). Todas ellas fueron rechazadas, tal y como consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) p. 997.

en vez de 72, y 22 senadores en vez de 23),¹²⁵ lo que resalta la redundancia de la norma transitoria en cuestión. Finalmente, su redacción es algo confusa, ya que al hablar de “sistema electoral vigente” puede entenderse como sólo el binominal existente hoy (alternativa que se refuerza en razón de la naturaleza transitoria de la norma) o como el sistema electoral que se encuentre en vigor al momento de la respectiva modificación, i.e., todo sistema electoral.¹²⁶⁻¹²⁷

- d) Regulación de la Administración: existen una serie de prácticas de la Administración que son de dudosa constitucionalidad. Dado que en algunos casos se trata de materias fundamentales y de gran impacto jurídico, sería muy positivo si el desacuerdo en la doctrina y la jurisprudencia pudiera ser zanjado por una breve y precisa disposición constitucional. Destacamos a este respecto la necesidad de definir si la Administración puede o no ejercer facultades jurisdiccionales; su facultad para imponer sanciones; la naturaleza de su responsabilidad por el daño causado a terceros, entre otros.
- e) Extensión del control de constitucionalidad: si bien la Reforma 2005 expandió el control de constitucionalidad a diversos actos estatales (e.g., autos acordados), aún quedan ciertos ámbitos exentos de tal fiscalización. Destacan a este respecto los reglamentos de las Cámaras y los acuerdos del Banco Central. Si bien entendemos la importancia de resguardar la autonomía constitucionalmente otorgada a tales órganos, es claro que ninguna autonomía, por amplia que sea, autoriza a vulnerar la CP. En consecuencia, la mera existencia de un control al respecto no debiera considerarse como una afectación a una autonomía bien entendida. Por el contrario, la existencia de verdaderos “espacios inmunes” al control de constitucionalidad es altamente peligrosa para la vigencia efectiva de la supremacía constitucional y del Estado de Derecho.

IV. Conclusiones

1. La Reforma 2005 constituye, tanto por su intensidad como por la extensión de sus contenidos, un punto de inflexión en la historia de la Constitución de 1980, sólo comparable a la reforma constitucional de 1989 o “Reforma de la Transición”. Ello no implica, sin embargo, que haya dado lugar a una nueva Constitución.

¹²⁵ Recuérdese que en caso que la operación matemática tenga como resultado una fracción, el quórum se determina siguiendo las normas de la Ley de 6 de Julio de 1878.

¹²⁶ Nos parece que la historia fidedigna de la Reforma 2005 no resuelve este punto en forma concluyente. Véase HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005) pp. 2201 y 2202.

¹²⁷ ALDUNATE (2005) p. 77.

2. El mayor impacto institucional de la Reforma 2005 fue el notorio reforzamiento del TC, modificándose el balance institucional existente. En concreto:
 - Se modera el presidencialismo haciendo más expedito el control de constitucionalidad de los decretos supremos.
 - Se disminuye la posición de la Corte Suprema, despojándola del conocimiento del RII; sometiendo sus autos acordados (y los de otros tribunales superiores) a un eventual control de constitucionalidad del TC, y eliminando la presencia permanente de tres de sus miembros entre los ministros del TC.
 - Se somete al legislador a un control ex-post de constitucionalidad por parte del TC. En su versión concreta, aquel ha permitido la reinterpretación de normas legales así como la revisión de vicios largamente denunciados. En su versión abstracta, ha erigido al TC en un verdadero "legislador negativo".
3. La potenciación del TC no ha sido pacíficamente aceptada por los otros poderes del Estado. La decisión del TC de ejercer en plenitud sus facultades se ha enfrentado a objeciones formales (e.g., caso Píldora I), resistencia legislativa y verdaderas rebeliones, tanto públicas (caso Píldora II) como encubiertas (caso TAG).
4. Si bien el reforzamiento del TC ha permitido una mayor protección del principio de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, se ha potenciado la objeción democrática o contramayoritaria en su contra, particularmente en razón de los casos altamente divisivos que ha debido resolver (e.g., Píldora II, Navarro, Transantiago).
5. El nuevo poder del TC es, sin embargo, limitado. Carece de imperio; no participa en la renovación de sus miembros; la doctrina de algunos de sus fallos se debilita por la proliferación de votos concurrentes y minoritarios, y ha desarrollado relevantes doctrinas de autorrestricción, como la deferencia razonada hacia otros órganos estatales.
6. Existen importantes modificaciones pendientes a la Constitución de 1980. Destacan entre ellas el establecimiento de asambleas regionales electivas; la clarificación del comienzo, estatus y derechos del *nasciturus*, y el reforzamiento del vínculo entre derechos por una parte, y deberes y responsabilidad por la otra. Otras reformas a considerar son el fortalecimiento de la participación ciudadana; la morigeración del presidencialismo reforzado; la eliminación de la regla transitoria ad hoc sobre el sistema electoral; la regulación expresa de ciertas materias concernientes a la Administración del Estado y la extensión del control de constitucionalidad.

Bibliografía

LIBROS Y ARTÍCULOS

ANDRADE GEYWITZ, Carlos (1991): *Reforma de Constitución Política de la República de Chile 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 339 pp.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing) 439 pp.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2007): "La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 35-44.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005): "El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley N° 20.050", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 67-79.

BANDA VERGARA, Alfonso (2007): "Reformas constitucionales: participación y democracia", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 59-72.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004): "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia", *Estudios Públicos*, N° 95: pp. 43-89.

BICKEL, Alexander (1986): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2ª ed., Yale University Press) 306 pp.

BULNES ALDUNATE, Luz (2005): "La reforma constitucional al Congreso Nacional", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 251-273.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl (2006): "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional", *Actualidad Jurídica*, Año VII, N° 13: pp. 25-41.

CAPPELLETTI, MAURO (1984): "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en FAVOREU, Louis Joseph (editor), *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 599-662.

CAZOR ALISTE, Kamel (2005): "Reformas de 2005: ¿Constitución auténticamente democrática? ¿Nueva Carta Fundamental?", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 527-542.

CEA EGAÑA, José Luis (2007a): "El cambio constitucional más importante", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 324-328.

CEA EGAÑA, José Luis (2007b): "¡Finalmente la Constitución fue Reformada!", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 35: pp. 59-70.

CEA EGAÑA, José Luis (2007c): "Un Año de Labor del Tribunal Constitucional", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 35: pp. 230-239.

CEA EGAÑA, José Luis (2007d): "Desafíos del Tribunal Constitucional ante la Reforma de 2005", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 35: pp. 86-92.

COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005): "Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 551-592.

CUEVAS FARREN, Gustavo (2005): "Modificaciones Constitucionales a los Capítulos XI sobre Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y XII sobre el Consejo de Seguridad Nacional", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 741-747.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (2005a): "Reforma constitucional y régimen político", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 113-124.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (2005b): "Constitución y visión prospectiva", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 571-578.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2006): "Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional", *Actualidad Jurídica*, Año VII, N° 13: pp. 43-96.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2009): "La Píldora del Día Después: Principales Aspectos de un Fallo Polémico e Incómodo", *Sentencias Destacadas 2009* (Santiago, Libertad y Desarrollo). En imprenta.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2008): "Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos", *Actualidad Jurídica*, Año IX, N° 18: pp. 69-104.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007): "Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal", *Actualidad Jurídica*, Año VIII, N° 16: pp. 435-478.

DÍAZ RICCI, Sergio, (2004): *Teoría de la Reforma Constitucional* (Buenos Aires, Ediar) 800 pp.

DOCKENDORFF VALLEJOS, Eduardo (2005): "Discurso del Ministro Secretario General de la Presidencia en el Seminario Nacional "Reformas Constitucionales 2005"", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 15-18.

DORN GARRIDO, Carlos (2007): "El Control de Constitucionalidad del Reglamento y la reforma de la Ley 20.050", *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 18: pp. 11-20.

DUVERGER, Maurice (1980): *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. (6ª ed., Barcelona, Editorial Ariel) 663 pp.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "El origen del presidencialismo chileno: Reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva presidencial", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N° 2: en prensa.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2008): "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", *Actualidad Jurídica*, Año IX, N° 17: pp. 175-192.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2005): "Reformas constitucionales en materia de nacionalidad y ciudadanía" en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 93-120.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1990): "Acción de Nulidad y Legitimidad Activa Objetiva", *Gaceta Jurídica*, N° 123: pp. 7-12.

FIGUEROA, Rodolfo (2007): "Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida Y Aborto", *Revista de Derecho*, Vol. XX, N° 2: pp. 95-130.

GARCÍA BARZELATTO, Ana María (2005): "La reforma constitucional de 2005 en materia de Gobierno con especial referencia a las atribuciones presidenciales", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 183-197.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y BRUNET BRUCE, Marcelo (2007): "Aumentando los estándares democráticos del proceso político chileno: reformas pendientes en materia de fiscalización política, intervención electoral del gobierno y garantías electorales", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 216-232.

GARCÍA PINO, Gonzalo (2001): "La idea de derechos en Alasdair MacIntyre y Charles Taylor: Un contrapunto comunitarista", *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXI, N° 1: pp. 3-24.

GLENDON, Mary Ann (2003): "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16: pp. 27-39.

GLENDON, Mary Ann (1998): "El Lenguaje de los Derechos", *Estudios Públicos*, N° 70: pp. 77-150.

GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo tribunal constitucional chileno", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 651-684.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2007): "Los tratados internacionales en la Constitución reformada", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I, pp. 313-323.

JELLINEK, Georg (1991): *Reforma y Mutación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 91 pp.

KELSEN, Hans (1999): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (2ª. ed., Madrid, Tecnos) 82 pp.

LAGOS ESCOBAR, Ricardo (2005): "Una Constitución para el Chile del bicentenario", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 1-18.

LOEWENSTEIN, Karl (1983): *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ariel, 1983) 619 pp.

MARSHALL, Pablo (2008): "El Nasciturus en la Constitución Política de la República de Chile", *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 1: pp. 155-157.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2007): "Reformas constitucionales 2005. Un año después", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 17-32.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005a): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur* (Santiago, LexisNexis) 386 pp.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005b): "La integración y el estatuto jurídico del Tribunal Constitucional después de la reforma constitucional de 2005", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 405-420.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005c): "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 421-455.

NUÑEZ POBLETE, Manuel (2008): "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (editor), *Sentencias Destacadas 2007* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp. 123-161.

NUÑEZ POBLETE, Manuel (2005): "Estado unitario: Unidad del Estado y unidad de Constitución. La forma de Estado chileno bajo la Constitución de 1980", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 149-165.

PEÑA TORRES, Marisol (2009): "El Control de la Constitucionalidad de la Ley en Chile", en *Derecho Procesal Constitucional. Ponencias de las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional* (Córdoba, Universidad Católica de Córdoba) pp. 415-435.

PEÑA TORRES, Marisol (2008): "Desafíos de la Justicia Constitucional: Algunas Reflexiones", *Entheos*, Año 6, Vol. único: pp. 307-317.

PEÑA TORRES, Marisol (2006): "El Precedente Constitucional Emanado del Tribunal Constitucional y su Impacto en la Función Legislativa", *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 1: pp. 173-184.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *"Reformas Constitucionales 2005"* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 668 pp.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (2007): "Reformas Constitucionales para perfeccionar el Régimen Democrático. Constitución del Bicentenario: Una Constitución Generosa", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 73-103.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, y PICA FLORES, Rodrigo (2008): "Nuevos Hitos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a Raíz de la Reforma de 2005", *Gaceta Jurídica*, N° 336, pp. 7-35.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2007): "El poder del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 329-346.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005): "El Nuevo Tribunal Constitucional", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 627-650.

RIBERA NEUMANN, Teodoro (2007): "La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I, pp. 511-528.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2008): "Sobre un fallo del Tribunal Constitucional", *Actualidad Jurídica*, Año IX, N° 18: pp. 23-54.

SALINAS BURGOS, Hernán (2007): "Los tratados internacionales ante la reforma constitucional", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 491-496.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro et al. (2003): "Informe en Derecho. El Derecho a la Vida y su Titularidad. Algunas Consideraciones a Propósito de la Comercialización de la Droga Levonorgestrel 0.75", *Gaceta Jurídica*, N° 280: pp. 11-16.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo III.

TAPIA VALDÉS, Jorge (2005): "Las reformas constitucionales 2005, un triunfo del centralismo", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 39-52.

VARAS ALFONSO, Paulino (2007): "La institución del precedente anglosajón aprobada por la Cámara de Diputados en el proyecto de ley adecuatorio de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional a la Reforma de la Carta Fundamental de 26 de agosto de 2005", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, I: pp. 431-444.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009): "Inconstitucionalidad por omisión del legislador", *Actualidad Jurídica*, Año X, N° 19, I: pp. 373-396.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2008): "La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos", *Actualidad Jurídica*, Año IX, N° 18: pp. 247-297.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 623 pp.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2005): "Génesis de una reforma", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 751-759.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, y VEGA MÉNDEZ (2005): "Control político de la Cámara de Diputados en la reforma Constitucional", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 275-318.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005): "Reforma constitucional. Presente y futuro", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 557-569.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009): Sentencia Rol 1345, 25 de mayo de 2009 (pronunciamiento de oficio de inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009): Sentencia Rol 1250, 14 de mayo de 2009 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Sentencia Rol 1215, 30 de abril de 2009 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Sentencia Rol 970, 7 de octubre de 2008 (requerimiento para declaración de cesación en el cargo de un parlamentario).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Sentencia Rol 1129, 29 de mayo de 2008 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Sentencia Rol 1035, 22 de mayo de 2008 (requerimiento de inconstitucionalidad de decreto supremo).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Sentencia Rol 740, 18 de abril de 2008 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): Sentencia Rol 790, 11 de diciembre de 2007 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): Sentencia Rol 681, 26 de marzo de 2007 (pronunciamiento de oficio de inconstitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): Sentencia Rol 591, 11 de enero de 2007 (requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006): Sentencia Rol 541, 26 de diciembre de 2006 (requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2000): Sentencia Rol 309, 4 de agosto de 2000 (requerimiento de inconstitucionalidad)

TRIBUNALES ORDINARIOS

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (2008): Rol 230-2008, 9 de agosto de 2008.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2007): Rol 2097-2006, 20 de julio de 2006.

OTRAS FUENTES

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (2006): *Simpósio: Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile* [fecha de consulta: 4 de junio de 2009]. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/anuario2/simpósio.pdf>

COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE RÉGIMEN POLÍTICO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (1992), *Revista de Ciencias Políticas*, Vol. 14, N° 1-2: pp. 149-179.

HISTORIA DE LA LEY 20.050 (2005): *Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica* [fecha de consulta: 4 de junio de 2009]. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20050/HL20050.pdf>

LA TERCERA (2005): *El discurso completo del mandatario* [fecha de consulta: 4 de junio de 2009]. Disponible en http://edelect.latercera.cl/vgn/images/portal/cit_4121/160376147discurso.doc

LIBERTAD Y DESARROLLO (2007): *Multas Excesivas por Evasión TAG en Autopistas* [fecha de consulta: 4 de junio de 2009]. Disponible en http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch4229/deploy/fallos_publicos_n11_multas_tag_tc.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009): *Estadísticas de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el año 2008*, Mensaje a: DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel. 05 de julio de 2009 [consultado el 05 de julio de 2009]. Comunicación personal.

Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Desde hace varios años se ha discutido sobre las ventajas e inconvenientes que presenta el sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema por medio de abogados de libre ejercicio, designados especialmente al efectos (a fin de reemplazar a los ministros que no concurren a la audiencia por diversos motivos, tales como comisiones de servicio, feriados legales, permisos médicos, etcétera). Los llamados “**abogados integrantes**” son nombrados cada tres años tratándose de la Corte Suprema y anualmente tratándose de las Cortes de Apelaciones, conforme el sistema establecido en el artículo 219 del Código Orgánico de Tribunales. Desde ya, cabe señalar que para su designación la Corte Suprema elabora sendas ternas, de acuerdo al procedimiento descrito en el artículo precitado, las cuales se elevan a consideración del Presidente de la República, quien procede a nominarlos sin más trámite.

I. Inconstitucionalidad de los “abogados integrantes” de la Corte Suprema

La Corte Suprema, en conformidad a lo prevenido en el artículo 78 inciso 2° de la Constitución Política de la República, está compuesta por veintiún ministros. El artículo 93 del Código Orgánico de Tribunales reitera esta disposición, diciendo que: “La Corte Suprema se compondrá de veintiún miembros, uno de los cuales será su Presidente” (inciso 1°). “El Presidente será nombrado por la misma Corte, de entre sus miembros, y durará en sus funciones dos años, no pudiendo ser reelegido” (inciso 2°). “Los demás miembros se llamarán Ministros y gozarán de preferencia los unos respecto de los otros por el orden de su antigüedad” (inciso 3°). “La Corte Suprema tendrá un fiscal judicial, un secretario, un prosecretario y ocho relatores” (inciso 4°). En otros términos, la composición de la Corte Suprema está determinada por la Carta Fundamental, razón por la cual la ley debe subordinarse al mandato del constituyente.

En consecuencia, nos parece evidente que la existencia de “abogados integrantes” que en calidad de ministros forman parte del Tribunal Supremo, es abiertamente inconstitucional y contraviene un mandato estricto que no admite excepción ni interpretación extensiva. Sólo tienen la calidad de jueces de aquella Corte los 21 miembros aludidos en la norma constitucional y el fiscal judicial de la misma Corte cuando es llamado a integrar, aun cuando esto último también resulte discutible. Lo señalado podría acarrear la nulidad de numerosos fallos en que la intervención de los abogados integrantes incide determinadamente en la decisión jurisdiccional, sin perjuicio de lo que ordenan los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. No parece posible, tampoco, justificar estas designaciones en las facultades que la misma Constitución confiere a la Corte Suprema en el artículo 82, ya que ellas no pueden alterar la estructura orgánica del Poder Judicial ni crear cargos que han quedado formalmente excluidos por mandato del constituyente.

II. “Abogados integrantes” de las Cortes de Apelaciones

No ocurre lo mismo en las Cortes de Apelaciones, puesto que en la Constitución no se ha determinado el número de miembros de dichos tribunales, razón por la cual es materia de reserva legal. Nada impide, por lo mismo, que ellos formen parte transitoriamente de los tribunales de alzada. Así se desprende de lo que previene el artículo 77 de la Constitución, que señala que “Una ley orgánica constitucional determinará la organización de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados”. Por ende, los “abogados integrantes” pueden ser instituidos en la ley orgánica constitucional (Código Orgánico de Tribunales), como sucede en la actualidad, sin infringir el estatuto jurídico del Poder Judicial.

III. Independencia de los jueces

El inconveniente más radical de los “abogados integrantes”, sin embargo, es otro: su falta de independencia derivada de que son designados por el Poder Ejecutivo conforme –como es natural– a sus preferencias y afinidades políticas; unido a la circunstancia de que estos nombramientos son realizados por cortos espacios de tiempo, de suerte que el cargo queda a merced de la autoridad política y su titular expuesto a perderlo si contraviene la voluntad de quien realiza esta designación.

Este régimen afecta, a lo menos, dos aspectos de la mayor significación: la vulneración del **“debido proceso legal”** y el **“control judicial de los actos de la Administración”**. Respecto del primero cabe recordar que el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental consagra, como garantía constitucional, el llamado **“debido proceso legal”**, en los siguientes términos: **“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”**. Como puede advertirse, el constituyente delega en el legislador la tarea de fijar las condiciones necesarias para el ejercicio de la jurisdicción, tarea que se ha cumplido, en parte, por medio de dos tratados internacionales ratificados por nuestro país y, por ende incorporados al derecho interno: el **“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas”**, promulgado por Decreto Supremo N° 778, publicado en el Diario Oficial el día 29 de abril de 1989, y la **“Convención Americana sobre Derechos Humanos”, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”**, promulgada por Decreto Supremo N° 873, publicada en el Diario Oficial del día 5 de enero de 1991.

Ambos instrumentos en su artículo 14 –el primero– y artículo 8° –el segundo– establecen, en los mismos términos, que toda persona tiene derecho a ser juzgada por **“un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley”**. En consecuencia, si los llamados a juzgar no son independientes, como ocurre con los **“abogados integrantes”** en nuestro país, no pueden sus decisiones generarse en un **“debido proceso legal”**. Al margen de esta exigencia, un tribunal está impedido de impartir justicia o de juzgar a personas o situaciones de ningún orden. La jurisdicción, que es una de las formas que reviste el ejercicio de la soberanía (artículo 5° de la Constitución), está limitada por esta circunstancia. **De aquí que insistamos en que el “debido proceso legal” es una condición para el ejercicio de la jurisdicción.**

Podría sostenerse que la independencia e imparcialidad del juez en nuestra legislación está tratada, para todos los efectos legales, en el Párrafo 11 del Título VII del Código Orgánico de Tribunales, que consagra las causales de implicancia y recusación que le pueden afectar. Pero esta conclusión sería errada, porque la dependencia que reclamamos no está referida a las relaciones o situaciones particulares de los magistrados de justicia, sino que tiene una raíz institucional que se manifiesta en el del proceso de designación, como queda dicho en lo precedente. Por lo tanto, el **“abogado integrante”** es un juez institucionalmente dependiente en razón de su designación y, en consecuencia, presuntivamente predispuerto a decidir en un determinado sentido.

Lo anterior se ve magnificado por otra circunstancia igualmente trascendente. A partir de 1989, con la reforma constitucional introducida por Ley N° 18.825, el llamado "contencioso administrativo" se radicó en los Tribunales Ordinarios de Justicia, ampliándose considerablemente su competencia en este campo. A lo señalado debe agregarse, aun, el hecho de que en muchas leyes dictadas durante el régimen militar y los gobiernos posteriores a él, se contemplan recursos y reclamaciones de carácter judicial, lo cual ha significado una revisión constante de los actos de la Administración por parte de la judicatura. La falta de independencia de los "abogados integrantes" es todavía mayor tratándose de juzgar el valor, alcance y sentido de los actos realizados por quien está facultado para designarlos periódicamente o eliminarlos del Poder Judicial.

En síntesis, los "abogados integrantes" no están dotados de la independencia e imparcialidad que se requiere para el ejercicio de la función jurisdiccional, atendida la forma en que se generan, la periodicidad de sus nombramientos, y las materias que están llamados a resolver. Los jueces, para desempeñar sus delicadas funciones, deben ser **inamovibles, manteniéndose en su cargo mientras observan buen comportamiento** (artículo 80 de la Constitución). No se concilia con esta calidad el hecho de que sean nombrados por cortos períodos de tiempo (anualmente o cada tres años), lo cual hace presumir que su mantención en el cargo obedece a una calificación ajena a la naturaleza de sus funciones. Por lo mismo, no pueden ellos (los abogados integrantes) asegurar un "debido proceso legal", vulnerándose, con su incorporación al tribunal, la respectiva garantía constitucional. La experiencia demuestra claramente que no puede exigirse a este tipo singular de jueces una actitud prescindente frente a la voluntad o presiones de las autoridades que, a su arbitrio, puede removerlos o mantenerlos en el ejercicio del cargo.

IV. Posibles soluciones

Se han barajado diversas soluciones para encarar este problema, hallándose todas ellas pendientes, sin que se visualice aún una fórmula definitiva.

a. La primera proposición consiste, simplemente, en reforzar el sistema de subrogación, eliminando a los "abogados integrantes", de modo que los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones sean reemplazados de la manera señalada en el Código Orgánico de Tribunales. Esta solución, siendo jurídicamente la más lógica y razonable, afectaría gravemente –se dice– el funcionamiento de los tribunales, ya que provocaría una constante rotación de jueces y ministros, alterando el desarrollo de sus actividades en desmedro de las funciones habituales y propias del cargo que desempeñan. En una dimensión práctica parece no ser ésta la mejor solución.

b. La segunda proposición consiste en limitar la participación de los “abogados integrantes” a aquellas causas en que no se trate de juzgar un acto de la Administración ni adoptar una decisión con alcance y proyección políticos. Esta solución tampoco satisface los requerimientos de un tribunal independiente, sin perjuicio de que provocaría un retardo inconveniente en las tareas de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones y un desorden paralelo en la vista de los recursos. Aun más, no siempre es fácil distinguir cuando un juicio tiene proyección política, lo cual podría prestarse para discusiones, dudas y suspicacias.

c. La tercera proposición plantea la posibilidad de que los “abogados integrantes” sean designados exclusivamente por la Corte Suprema, sin intervención ninguna de las autoridades políticas, y dependiendo su permanencia en el cargo sólo de la autoridad judicial. Siguiendo este camino, se desvincula absolutamente a los “abogados integrantes” de la Administración y de los supuestos intereses políticos que son propios del Poder Ejecutivo. Contra esta propuesta se aduce que se generaría una peligrosa subordinación de los “abogados integrantes” a la Corte Suprema, pudiendo ejercerse sobre ellos presiones o influencias negativas que limitaran su independencia interna.

d. La cuarta proposición consiste en la creación de una nueva categoría del Escalafón Primario, que contemple a los “abogados integrantes” y fije los requisitos y la forma de designación, sus inhabilidades e incompatibilidades y reglamente su desempeño. De este modo, se les daría estabilidad, continuidad y se incentivaría el ingreso de abogados experimentados al Poder Judicial sin necesidad de incorporarse a la carrera judicial en los cargos inferiores. También esta solución es resistida, ya que con ello se causaría un nuevo tropiezo a la carrera judicial y se desconocería la importancia de que los jueces de más alto rango sean formados al amparo del ejercicio de actividades de creciente complejidad.

e. La quinta proposición se funda en la posibilidad de dar otro estatuto a los “abogados integrantes” de manera de desvincularlos de su actual dependencia. Este estatuto especial debería consignar plazos mucho más extensos, en lo posible que excedieran los períodos presidenciales, en el evento de que se mantuviera la facultad del Poder Ejecutivo para su designación. A fin de evitar sospechas de servir intereses ajenos a la administración de justicia, sería necesario desvincularlos del ejercicio profesional, de militancia política, de su participación en organismos o entidades de carácter partidista, etcétera.

Como puede observarse la cuestión es compleja y requiere de un análisis desprejuiciado y, en lo posible, de carácter estrictamente técnico. Ocurre, sin embargo, que la solución que se adopte implica la pérdida o mantención de

una herramienta de gran influjo político, que no pocas veces inclina la actividad jurisdiccional a favor o en contra de la autoridad. De aquí que no exista voluntad política para corregir esta anomalía que distorsiona el funcionamiento de la justicia en Chile. Nuestro "estado de derecho", desde esta perspectiva, está mutilado y no responde a exigencias tan básicas como la independencia e imparcialidad de sus tribunales superiores. Lo que sostenemos debe considerarse con el agravante de que se trata de una materia muy especializada, ajena a la preocupación pública y, por lo mismo, incapaz de provocar inquietud en la población. Probablemente a ello se deba que no suscite mayor preocupación por parte de los legisladores.

V. Consideración práctica

No debe perderse de vista el hecho de que los "abogados integrantes", muchos de ellos profesores universitarios, autores de obras jurídicas de relieve, estudiosos y avezados abogados, han prestado, especialmente en el pasado, una contribución inapreciable al ejercicio de la jurisdicción. Entre ellos cabe recordar a profesores tan ilustres como don Enrique Cousiño Mac-Iver, Darío Benavente Gorroño, Leopoldo Ortega N., Luis Raveau S., Marcos Silva B., Fernando Fueyo Laneri, Alberto Echavarría Lorca, Fernando Mujica Bezanilla, Francisco Jorquera F., Eugenio Valenzuela Somarriva y tantos otros que sería muy largo enumerar. En este sentido y durante muchos años estos ilustres juristas contribuyeron a realzar la actividad judicial y transformaron esta actividad en un título de solvencia intelectual y moral.

Lo anterior nos lleva a reconocer que es bueno que no se pierda esta tradición. Pero, paralelamente y para mantenerla, es necesario despolitizar la designación de los "abogados integrantes", dotarlos de un estatuto jurídico que permita asegurarles la más plena independencia y garantizar su capacidad intelectual y jurídica.

Ha habido casos, excepcionales sí, en que un abogado integrante ha pasado a desempeñarse como ministro titular de alguna Corte. Podemos recordar, a este respecto, lo ocurrido con don Alberto Echavarría Lorca, que luego de más de treinta años de abogado integrante en la Corte de Apelaciones de Santiago, fue designado en el cargo en propiedad. Lo propio ocurrió con don Jorge Varela Videla, un destacadísimo abogado integrante, posteriormente designado Ministro de la misma Corte. Lo que señalamos revela, sin mayores demostraciones, que el aporte de los "abogados integrantes" ha sido significativo y valioso.

No puede tampoco dejarse de lado el hecho de que, desde una perspectiva práctica, los "abogados integrantes" aportan un factor que ordena y regulariza

el funcionamiento de los tribunales, evitando desplazamientos momentáneos de los jueces que, al separarse de sus tareas habituales, alteran el buen funcionamiento del tribunal.

Por último, es innegable que escogiéndose a personas de alto nivel, tanto en el campo profesional como académico, para el desempeño de estos cargos, se enriquece la tarea jurisdiccional, se renueva la jurisprudencia y se actualiza el conocimiento de los jueces. Todo lo anterior sin perjuicio de integrar la función propia de los abogados con las funciones judiciales.

VI. Una posible solución equilibrada

De lo señalado desprendemos que la mejor solución parece ser la dictación de un estatuto orgánico de los “abogado integrantes”, en el cual, a lo menos, deberían contemplarse los siguientes aspectos:

a. Designación por parte de la Corte Suprema, sin intervención del Poder Ejecutivo o el Legislativo. Lo que indicamos es fundamental, ya que los mencionados poderes públicos tienen un carácter eminentemente político y una génesis electoral. Por lo mismo, es imposible desvincular sus decisiones de aquello que constituye lo fundamental de su naturaleza. En otros términos, se trata de desvincular la influencia política en la designación de los “abogados integrantes” y de reforzar su independencia respecto de la Administración.

b. Fijar un período de tiempo extenso para que el “abogado integrante” pueda desprenderse de sus intereses profesionales y abocarse a sus tareas jurisdiccionales sin el temor de verse privado de su cargo al cabo de un reducido lapso, como de hecho ocurre en la actualidad. Así, por ejemplo, debería fijarse un plazo no inferior a cinco años para los abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones y de diez años para los abogados integrantes de la Corte Suprema (si se persiste en mantenerlos sin enmienda constitucional).

c. Posibilidad de optar al cargo de ministro, al cabo, a lo menos, de un período completo en el desempeño de sus funciones, como si se tratara de un funcionario judicial integrado a la respectiva categoría.

d. Prohibición absoluta del ejercicio profesional en todo el territorio de la República y desvinculación efectiva de sociedades o comunidades profesionales, a objeto de evitar suspicacias o supuestas presiones.

e. Exigencias académicas que revelen que se trata de un profesional de excelencia, con conocimientos actualizados y aptitud para el desempeño de la judicatura.

Los presupuestos señalados deberían ir unidos, no a un examen de los postulantes a estos cargos, sino a una audiencia ante la Corte Suprema o ante una comisión de sus integrantes, a fin de que se discutan y analicen las características de estas funciones y se compruebe la capacidad exigida y las aptitudes del candidato. De esta manera, se evita toda presunción de influencias ajenas a los factores mencionados, que puedan favorecer o perjudicar a determinados postulantes.

Un estatuto de esta naturaleza, complementaria el mandato del artículo 78 inciso 5° de la Carta Fundamental, que junto con establecer la forma en que debe procederse para el nombramiento de los jueces y disponer que la Corte Suprema se compondrá de veintiún ministros, agrega: "Cinco de los miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva". La designación de estos ministros ha recaído, invariablemente, en personas que han desempeñado por largos años el cargo de "abogado integrante". Ello implica que la Corte Suprema reconoce la necesidad de que quienes alcancen los más altos rangos en el ámbito judicial tengan una cierta experiencia y preparación para el ejercicio de la judicatura y no sean personas absolutamente ajenas a ella. Es efectivo, creemos nosotros, aquello de que "los jueces no se improvisan" y que se "hacen en la medida que ejercen la función". Por lo tanto, un estatuto como el propuesto fortalecería lo que parece ser una tendencia constitucional y un criterio bien asentado del Tribunal Supremo.

VII. ¿Hasta cuándo?

Para concluir estas reflexiones sobre la reforma pendiente que comentamos, conviene preguntarse, ¿hasta cuándo deberá esperar nuestro país para que se corrija esta grave disfunción que compromete pilares fundamentales del "estado de derecho"? Es cierto que, como se dijo, existen intereses políticos empeñados en frenar una innovación de esta envergadura. Pero es igualmente cierto que en Chile está comprometida la independencia del Poder Judicial, sin que ello provoque protestas o denuncias de ninguna especie. Históricamente la judicatura, concebida como un mero servicio público, se ha mantenido subordinada al Poder Ejecutivo. Si bien ello pudo ocurrir sin mayores consecuencias durante muchísimos años, hoy resulta imposible desentenderse de sus efectos, especialmente atendido lo señalado en lo precedente, en orden a que el contencioso administrativo y la calificación de la gran mayoría de los actos de la Administración corresponde al Poder Judicial. De aquí que sea cada día

más apremiante revisar toda institución que de cualquier manera distorsione el funcionamiento del Poder Judicial, velando permanentemente por su independencia e imparcialidad.

Así como una reforma tributaria ha establecido tribunales especiales para conocer de conflictos de esta naturaleza, no se justifica que sigamos esperando indefinidamente por un estatuto de los "abogados integrantes", que en mayor medida afectan el ejercicio de la jurisdicción.

Podría decirse que dos tendencias cruzan actualmente la actividad jurídica en toda dirección: la llamada "constitucionalización del derecho" y la "judicialización de la actividad política" (entendiendo por "actividad política" toda la gama de actos y actividades de la Administración). La primera tendencia nace con la Constitución de 1980, especialmente en relación a los derechos garantizados por la Carta Fundamental y los medios para hacerlos valer directamente, cuestión impensada en los textos anteriores al de 1980. La segunda tendencia implica un salto trascendental en el perfeccionamiento del "estado de derecho", al incorporar a la competencia de los Tribunales de Justicia el control de juridicidad de los actos de la Administración, sin perjuicio de los controles internos (Contraloría General de la República). Ambas tendencias tienen, como se explicó en lo que antecede, directa relación con la existencia de los "abogados integrantes", puesto que se afecta con ellos el "debido proceso legal" (garantía constitucional) y la imparcialidad del tribunal al momento de juzgar lo obrado por la Administración.

De lo expuesto se infiere que la reforma que desde hace años se reclama no debería postergarse todavía más, sin dañar con ello la estructura misma del sistema jurídico y su aspecto más sensible, el ejercicio de la jurisdicción.

Corte Suprema y gobierno judicial: un programa de reformas

José Francisco García G.*

Master y Doctorando en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHICAGO

Profesor Investigador, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

Si concebimos la Corte Suprema como una corte de casación, que tiene por objeto principal al interior de nuestro ordenamiento jurídico dar la última palabra en materia de interpretación de la ley y uniformar la jurisprudencia,¹ aumentando con ello los niveles de certeza jurídica existentes en la sociedad, entonces resulta imperativo hacerse cargo del hecho que el actual diseño institucional de la judicatura, y en particular la multiplicidad de roles que se le encomiendan a la Corte, hace prácticamente imposible que se cumpla tal cometido.

En la actualidad, y de acuerdo a lo plasmado en nuestra Carta Fundamental,² la Corte Suprema concentra buena parte de lo que en la literatura se deno-

* Quisiera agradecer la destacada colaboración del ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad, Juan Pablo Schnake Ferrer, para la preparación de este artículo; como asimismo, los excelentes comentarios del equipo de profesores de la Dirección de Investigación de la misma, José Manuel Díaz de Valdés, Camila Boettiger y Sergio Verdugo.

¹ Para un análisis histórico respecto de la evolución de la Corte Suprema como corte de casación en Chile, ver ATRIA (2005). Entre otras cuestiones interesantes el trabajo reseña, por ejemplo, el proyecto de ley de 1849 presentado por el Presidente Manuel Bulnes, que busca crear un recurso que procedía cuando "el Tribunal fallare contra espresa disposición legal, o contrariando el sentido literal o el manifiesto espíritu de la lei". Una de las preocupaciones principales del Presidente Bulnes consistía en asegurar, en un sistema judicial que ya contaba con tres Cortes de Apelaciones, la uniformidad de la jurisprudencia: "Teniendo en el día tres Cortes de Apelaciones se hace aun mas necesaria la revisión de las sentencias que se pronunciaren con notoria infracción de la lei, pues de otro modo cada tribunal tendría su jurisprudencia, admitiendo unos lo que otros rechazan, i debiendo todos arreglar sus fallos a las mismas disposiciones legales". ATRIA (2005) pp. 255-256.

² El artículo 82 de la Constitución Política, en su inciso primero, establece que: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales". Se remite a esta norma a su vez, el artículo 540 del COT.

mina “gobierno judicial”,³ esto es, tiene la última palabra no sólo en materias jurisdiccionales, como sería en principio deseable, sino en las más diversas manifestaciones de la vida judicial: gestión, manejo del personal administrativo, calificaciones, ascensos, comportamiento profesional, entre otros; las cuales realiza colectivamente, por medio de plenos que no resultan operativos, con enormes carencias de información, altos grados de discrecionalidad, sin procedimientos que cuenten con estándares adecuados de transparencia y con una muy baja productividad.

Desde una perspectiva histórica, buena parte de la autocomprensión que tiene el Poder Judicial chileno, y en particular la Corte Suprema –de sí misma y de sus facultades–,⁴ dice relación con la herencia estructural y “legalista” recibida desde la Colonia.⁵ Este diseño fue pensado en un contexto distinto, el de un Poder Judicial relativamente pequeño, donde el acceso y ascenso a lo largo de la carrera tenían una lógica y dinámica distintas y que se reflejaba en los diversos mecanismos de control que concentraba la Corte.⁶ Ello es difícil de

³ Lo que para HAMMERGREN (2005) implica al menos considerar cuatro funciones críticas al buen desempeño de la judicatura: (i) monitoreo del desempeño y fijación de políticas institucionales; (ii) manejo de los recursos o administración; (iii) selección de recursos humanos; y (iv) manejo de la carrera judicial y de la carrera administrativa (más allá de la selección). Para la autora, la primera es esencial al gobierno institucional, pero las otras tres funciones son importantes para condicionar su éxito. Estas funciones no tienen que ser realizadas por la misma unidad organizacional, pero sí tienen que ser coordinadas. Sin embargo, cada una tiene objetivos distintos, y un dilema de la organización actual es cómo asegurar la coordinación adecuada sin confundir los objetivos, o simplemente hacer caso omiso a alguno de ellos. Hoy, existe una tendencia de combinar las dos primeras, haciendo de la administración la función principal o hasta exclusiva, y/o de combinar las otras (enfaticando la selección), o de mantenerlas demasiado separadas. Efectivamente la administración y la selección siguen recibiendo más atención, mientras que el gobierno y el manejo de la carrera tienden a ser olvidados.

⁴ Como sostiene Navarro: “Producida la independencia, se busca en nuestro país el establecimiento de instituciones republicanas. Es así como, luego de diversos textos e intentos fallidos, la Constitución de 1823 crea la Suprema Corte de Justicia, designándola como la “primera magistratura judicial del Estado” y otorgándole la “superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial sobre todos los tribunales y juzgados de la nación”. Se le otorga, además, la función de “proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”, plasmándose así su rol de tribunal superior y sus atribuciones protectoras”. NAVARRO (2007) p. 145.

⁵ Ver VARGAS (2007) pp. 103-104.

⁶ Para Vargas, los mecanismos de control eran de diversa índole: el reclutamiento normalmente se producía por medio del acceso a un puesto de secretaría o a un cargo del escalafón primario en un lugar pequeño y alejado de las ciudades asiento de Corte de Apelaciones. Tanto éste, como los ascensos posteriores, dependían de la inclusión en ternas elaboradas por los superiores; los superiores calificaban anualmente a todos sus subordinados, siendo determinante de tal calificación la carrera del funcionario e incluso su permanencia en el Poder Judicial; los superiores también detentaban amplias facultades para imponer medidas disciplinarias; el manejo administrativo regular era ejercido de manera muy directa y centralizada por la Corte Suprema y, en menor medida, por las Cortes de Apelaciones. Esto tenía consecuencias en la persona de los jueces (permisos, traslados, acceso a la capacitación, etc.), como también en la dotación de infraestructura y recursos para el funcionamiento del tribunal; existían sistemas de control administrativo, como las visitas ordinarias, que permitían a los superiores asumir en plenitud la competencia del inferior; existía un amplio régimen de recursos jurisdiccionales, incluyendo algunos automáticos (como la consulta) y, en general, otorgaban a los superiores una facultad amplia de revisión y reforma con muy poca carga de fundamentación (siendo paradigmática al respecto la

conciliar con los cambios experimentados en los últimos 20 años, y que han afectado de manera radical nuestro sistema judicial.⁷ Más aún, esta amplitud de facultades, aunque suene paradójico, hoy en día ha limitado seriamente su capacidad de evaluar y controlar a los jueces y funcionarios judiciales.

En este contexto, el presente documento tiene por objeto revisar el rol que está jugando la Corte Suprema en nuestro sistema jurídico, redefiniendo y limitando los distintos roles que debe cumplir en materia de gobierno judicial, mediante un diseño institucional alternativo que permita a la Corte abocarse a aquella valiosa e intransferible tarea a la que ha sido convocada por la sociedad: dar la última palabra en materia de interpretación de la ley, uniformando así nuestra jurisprudencia, única forma de aumentar los actuales estándares de certeza jurídica.

En efecto, acogiendo la invitación que nos hiciera *Actualidad Jurídica*, quisiéramos proponer desde el punto de vista del rediseño institucional en esta área el siguiente desafío: pensar un Chile que en la próxima década cuente con una Corte Suprema de 7 o 9 Ministros, elegidos todos en concurso público de antecedentes por el Presidente de la República con la aprobación de dos tercios del Senado después de un proceso profundo de examinación ante el mismo, que conozca a través de un mecanismo de *certiorari* no más de 80 casos al año, y sus fallos tengan un grado de fuerza obligatoria.

Creemos que ello es un imperativo que trasciende argumentos jurídico-normativos, y descansa sobre la base de argumentos económicos y de política

queja); y estaba la posibilidad de excluir a un inferior de la competencia en los casos de mayor relevancia por medio de la designación de un ministro en visita o cuando la ley lo establecía directamente. VARGAS (2007) pp. 110-111.

⁷ Entre estos se pueden destacar el que los salarios de los jueces se han incrementado sustancialmente, siendo actualmente una de las opciones profesionales mejor rentadas, sobre todo para quienes comienzan su carrera profesional; el sistema de reclutamiento en la base se ha cambiado por concursos de acceso y un curso de formación en la Academia Judicial, con procesos que ya no son discrecionales, sino competitivos y más objetivos; el número de jueces ha crecido enormemente, habiendo incluso problemas para llenar plazas vacantes, debiendo sucederse uno tras otros en forma constante los cursos de formación de la Academia judicial; y la pirámide que forma el Poder Judicial se ha aplanado enormemente. Si antes los jueces tenían razonables posibilidades de ascender en la jerarquía luego de períodos razonables, hoy ello es mucho más incierto. A lo anterior se debe sumar el que los jueces jóvenes han dejado de ser sometidos a un largo proceso de adaptación, sino que acceden con bastante rapidez a cargos relevantes. Su autoestima suele ser alta y también ha aumentado su capacidad argumentativa y su sofisticación intelectual. Pero, además, los cambios procesales que han introducido la oralidad han por una parte incrementado su protagonismo y, a la vez, han restringido sustancialmente la amplitud del sistema de recursos jurisdiccionales, haciéndolos además más exigentes en cuanto a su justificación. Los sistemas de gestión administrativa, por su parte, se han sofisticado, limitando el manejo discrecional de los superiores y situando ahora muchas de las decisiones cotidianas de gestión al nivel de los tribunales de primera instancia. VARGAS (2007) p. 112.

pública robustos.⁸ Incluso políticos, si buscamos garantizar el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos de nuestra institucionalidad, que no es más que la simple idea de fortalecer a la judicatura como poder frente a los órganos políticos. Respecto de este último aspecto, ello es particularmente relevante si se consideran, siguiendo a Rodríguez, dos fenómenos que en estos momentos están afectando el rol de la judicatura, y en particular el de la Corte: la constitucionalización del derecho⁹ y la falta de tribunales contencioso-administrativos,¹⁰ en este último caso, lo que Rodríguez denomina la “judicialización de la actividad política”.¹¹

Si bien no podemos desconocer un conjunto significativo de reformas que se han implementado en los últimos años en relación a la Corte Suprema¹² y las cuestiones del gobierno judicial,¹³ estas han sido más bien de una magnitud menor en comparación a las enormes reformas que han transformado radicalmente diversas jurisdicciones de primera instancia, siendo la Reforma Procesal Penal el inicio y paradigma en esta materia.

⁸ Es contundente la evidencia empírica que ha generado la literatura económica y el análisis económico del derecho en los últimos años, en relación a los beneficios sociales y económicos que tienen Poderes Judiciales en forma: son la base de funcionamiento de los mercados internacionales, generando mercados de crédito más desarrollados; garantizan el cumplimiento de los contratos y el respeto a los derechos de propiedad de los individuos; promueve la cooperación entre privados, disminuyendo los costos de transacción... Un esquema institucional que mantenga la incertidumbre por largos períodos de tiempo –y cuyas sentencias no sean capaces de mostrar el verdadero alcance de las normas y generar certeza de su contenido mediante un sistema jurisprudencial uniforme–, no tan sólo puede contribuir a crear ineficiencias económicas, sino a limitar severamente el crecimiento económico. Más grave aún nos parece la evidencia existente en cuanto a que, ahí donde las instituciones legales como el Poder Judicial no son efectivas, reformas al derecho sustantivo pueden hacer una diferencia poco significativa. Para una discusión de la literatura y evidencia empírica en torno a la relación entre Poder Judicial y desarrollo económico, como asimismo respecto del movimiento “Derecho y Desarrollo Económico” (*Law and Economic Development*), ver GARCÍA (2008a) y GARCÍA y LETURIA (2006).

⁹ Tras la reforma constitucional de 2005, a través de la Ley N° 20.050, de agosto de 2005, esta discusión dejó los ribetes meramente doctrinarios para pasar a ser una cuestión de orden político-institucional, al reforzarse nuestro esquema de control concentrado de constitucionalidad, traspasando el recurso de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional. La pérdida de poder relativo de la Corte Suprema se hizo manifiesta.

¹⁰ Debate que puede cobrar fuerza ante un recurso de protección que hoy parece un tanto desbordado. Ver, por ejemplo, GÓMEZ (2005).

¹¹ Ver RODRIGUEZ (2009).

¹² Probablemente la más relevante sea la reforma constitucional de 1997, a través de la Ley N° 19.541, de 22 de diciembre de 1997, que modifica, entre otros, el proceso de designación de los Ministros; aumento a 21 ministros (cinco de los cuales son “extraños” o externos); o, el límite de edad para desempeñarse como Ministro (75 años).

¹³ Si bien destacan en el ámbito de las evaluaciones de los jueces y funcionarios judiciales, premiando aumentos de productividad, la Ley N° 19.531, de 7 de julio de 1997, modificada por la Ley N° 20.224, de 13 de octubre de 2007, que profundiza en los instrumentos existentes (tales como bonos de desempeño institucional y colectivo, metas de eficiencia, evaluadores externos, etc.); existe una serie de proyectos de ley presentados en enero de 2005 y cuya discusión sigue pendiente, que son fruto de la denominada “mesa judicial” que se generó a fines de 2004 entre el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema, en cuestiones tales como régimen disciplinario, autonomía presupuestaria, abogados integrantes y calificaciones, los cuales, y como veremos a lo largo de este artículo, no han prosperado.

Desde la perspectiva de la estructura del artículo, se analizarán a continuación, en la sección 2, lineamientos de reforma a nuestro gobierno judicial, y en particular al rol que le cabe a la Corte Suprema en este. Entre otras cuestiones se analizará el actual esquema de evaluación de los jueces (calificaciones), distinguiéndolo del régimen disciplinario; diseños institucionales existentes para abordar estas cuestiones en el derecho comparado; y nuestra propuesta en ambas materias (evaluación y régimen disciplinario). También se analizarán reformas en el ámbito de la administración judicial, donde se planteará, por un lado, la necesidad de evaluar el sistema de Conferencia judicial americano y la necesidad de crear una nueva "gerencia judicial" o potenciar la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Por otro lado, se discutirá la cuestión relativa a la autonomía financiera del Poder Judicial.

En la sección 3 se revisará críticamente el actual rol jurisdiccional de la Corte. Analizando la evidencia empírica existente, se propondrá la necesidad de contar con un mecanismo equivalente al *certiorari* americano, con el objeto de hacer plausible el que la Corte pueda uniformar la jurisprudencia, aumentando así el nivel de certeza jurídica existente, transformándose de manera efectiva en una corte de casación. Para ello, se analizarán algunas interrogantes y desafíos que plantea esta cuestión, como asimismo se revisarán desde el derecho comparado algunos criterios en materia de admisibilidad. Finalmente, se planteará la posibilidad de que la jurisprudencia de la Corte Suprema, en al menos algunos ámbitos, posea mayor fuerza vinculante más allá del caso concreto.

En la sección 4 se analizan otros ámbitos que deben ser considerados en esta materia y que dicen relación con el proceso de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, el rol de la política, la competencia y la transparencia en el mismo; la necesidad de fortalecer la Presidencia de la Corte; y cuestionar y revisar la institución de los "abogados integrantes".

Finalmente, en las conclusiones se revisarán los principales planteamientos realizados en este artículo.

Una prevención final. Ya nos parece que los tópicos cubiertos por este artículo son bastantes, lo que también resta profundidad. Con todo, hemos querido entregar una visión lo más integral y global posible relativa a la cuestión de la Corte Suprema y el gobierno judicial. No podemos dejar de mencionar que seguramente quedan muchas cuestiones pendientes, y será en futuros artículos, y en los de otros académicos, donde se atarán los cabos sueltos.

2. Racionalizando el papel de la Corte Suprema en las cuestiones de gobierno judicial

Repensar el gobierno judicial parece sinónimo de racionalizar el papel que le cabe a la Corte Suprema en el mismo. Así como existen buenas razones para tratar de concentrar a nuestro máximo tribunal en su labor como corte de casación, es asimismo relevante recalcar que no parece plausible eliminar completamente el rol de la misma en las cuestiones de gobierno judicial. Es por ello que se propone “racionalizar” su rol y no eliminarlo.

Como se verá, ello no obsta a que los pilares principales sobre los cuales se funda nuestra propuesta impliquen revisiones importantes al estado de cosas existente. En efecto, el conjunto de reformas que se plantearán en materia de evaluación, disciplina y administración de los recursos judiciales, se deben considerar a la luz de dos supuestos relevantes: en primer lugar, reformular la noción misma de carrera judicial como la entendemos en la actualidad, lo que implica entre otras cosas que, al menos respecto de la Corte Suprema, la totalidad de los cargos debieran ser abiertos a la competencia externa, a través de un sistema de postulaciones transparentes, terminándose la distinción entre ministros “internos” y “externos” (aunque parece sano que este principio deba extenderse a la totalidad de las designaciones y promociones que se realizan). Ello implica que la Corte Suprema queda fuera de la carrera judicial. En segundo lugar, se debe desvincular el lugar que ocupa un juez dentro del escalafón judicial con su remuneración (tanto fija como variable) y estatus (e.g., respecto del trato, en los términos de honores y prerrogativas establecidos en el Código Orgánico de Tribunales).¹⁴

Estas son las bases sobre las cuales descansa el planteamiento que se hará a continuación.¹⁵

La revisión del gobierno judicial, y el rol que le cabe en él a la Corte Suprema, nos parecen paso previo e imprescindible para poder llegar a la cuestión central de este artículo, cual es repensar el rol jurisdiccional de la Corte Suprema.

2.1 ¿Cómo evaluar a los jueces? Calificaciones y régimen disciplinario

Cuando se analiza la forma en que se evalúa a los jueces en nuestro país, queda la impresión de que se confunde el sistema de calificaciones con lo estrictamente disciplinario. En esta sección se distinguirá entre ambas cuestiones.

¹⁴ Ver artículos 306 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales (COT).

¹⁵ Algunas de estas premisas también se encuentran en VARGAS (2007).

Así, antes entrar a analizar algunas propuestas en este ámbito, se revisará brevemente el actual esquema de ambas cuestiones; y cómo se ha abordado esta discusión en el extranjero, sobre todo centrándonos en aquellos diseños institucionales que descansan sobre la base de evaluaciones de órganos externos a la judicatura, distinguiéndolos así del modelo "chileno", que, como hemos dicho, está centrado en la Corte Suprema.

2.1.1 Evaluación y calificaciones

¿A quién le responden los jueces? O, puesto de otra forma, ¿cómo garantizamos un diseño institucional que haga costoso a los jueces tomar malas decisiones, pero que no dañe la independencia judicial? Estas preguntas apuntan a dos cuestiones fundamentales: los instrumentos más idóneos para evaluar a los jueces (buscando que rindan cuentas de su labor); así como a quién queremos asignarle esta función.

En el último tiempo se ha dado un fuerte impulso a la idea de mejorar la gestión de los funcionarios del Poder Judicial. Es por ello que se estableció hace tiempo un sistema de evaluación de los mismos, el que se efectúa en forma anual, atendiendo a la conducta funcionaria y el desempeño observados durante el período.¹⁶

Fruto de esa evaluación se procederá a calificar a los funcionarios tanto del Escalafón General del Poder Judicial como del Escalafón Especial de Empleados. 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, ciertos parámetros, que en principio parecen relacionados con el buen desempeño de la función: 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.¹⁷

El secretario del órgano calificador efectuará una relación de los antecedentes recopilados. A continuación los integrantes del mismo procederán a asignar una nota o evaluación, que permitirá clasificar a los distintos funcionarios en listas.¹⁸ El funcionario que figura en la lista Deficiente o por dos años consecuti-

¹⁶ Artículo 273 del COT. Los únicos funcionarios exentos de este control de gestión son los Ministros y el Fiscal Judicial de la Corte Suprema. Los órganos que efectuarán las evaluaciones serán: la Corte Suprema en pleno; las Cortes de Apelaciones en pleno; el Fiscal Judicial de la Corte Suprema; los Fiscales Judiciales de las Cortes de Apelaciones y los jueces letrados. Ver artículo 273 del COT.

¹⁷ Art. 277 del COT.

¹⁸ Art. 278 del COT. Las listas son: Sobresaliente (6.5 a 7); Muy Buena (6 a 6,49); Satisfactoria (5 a 5,99); Regular (4 a 4,99); Condicional (3 a 3,99) y Deficiente (menos de 3). Se considerarán en la "lista de mérito" a aquellos que hubieran obtenido un puntaje sobresaliente o muy bueno.

tivos en la lista Condicional, quedará removido por el solo ministerio de la ley de su cargo (art. 278 COT).

Con todo, este sistema ha sido criticado no tan sólo desde una perspectiva externa, sino desde la propia judicatura: una de las quejas más frecuentes de los jueces jóvenes es que los criterios de calificación no son el número de causas resueltas o de sentencias revocadas, sino factores totalmente subjetivos, como el “espíritu de superación”. Asimismo, y como sostiene Vial, es sabido que estos procesos de calificación se efectúan a puertas cerradas, en que se proyecta la foto del calificado, para que pueda ser reconocido por sus superiores –con todo lo que ello implica–, situación que refuerza la necesidad de los calificados de mantenerse “en línea” con sus calificadores”.¹⁹ Esto tiene impacto en la capacidad creativa y en el desempeño de los jueces; en su motivación para cumplir la función.

En el proyecto de ley que *modifica el sistema de nombramiento y calificaciones de los ministros, jueces, auxiliares de la administración de justicia y empleados del Poder Judicial*” (Boletín N° 3788-07), ingresado el 19 de enero de 2005 y archivado en julio de 2008, el Ejecutivo buscaba alterar dos órganos de calificación: la Corte Suprema en pleno y las Cortes de Apelaciones en pleno.²⁰ No podemos desconocer que el sistema de evaluación propuesto en dicho proyecto era un avance respecto de la deficitaria situación existente. De partida, un sistema en que los propios miembros de un mismo Poder se controlen a sí mismos no es bueno, ya que se presta para presiones indebidas o evaluaciones que no responden a la realidad del servicio prestado. Crear comisiones calificadoras dentro de los plenos de las Cortes con mayor número de ministros facilita la labor evaluadora y evita la disgregación de responsabilidades que se puede dar dentro de un pleno compuesto por más de siete integrantes.

Con todo, esta iniciativa era insuficiente; y como se verá en la parte pertinente, la reforma en esta área debe ser mucho más profunda.

2.1.2 Régimen disciplinario

En virtud de la superintendencia correccional, la Corte Suprema ejerce facultades disciplinarias, lo que corresponde tanto a la posibilidad de enmendar o

¹⁹ VIAL (2008).

²⁰ Se buscaba que cuando las Cortes estuvieran conformadas por siete o más ministros; el órgano calificador ya no sería más la Corte en pleno, sino una comisión integrada por cinco de sus miembros, designados para este efecto anualmente. Respecto de los parámetros de evaluación, éstos serán fijados por un auto acordado de la Corte Suprema, previo informe de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

corregir lo errado o defectuoso, como de censurar o castigar a quien incurre en las mismas. Ello se materializa en la posibilidad de reprimir las faltas y abusos de los funcionarios o particulares, mediante la aplicación de medidas de orden disciplinario, tales como amonestación privada, censura por escrito, multas, suspensión de funciones y arresto.²¹

En la actualidad, existe la percepción, fundada a nuestro juicio, que el esquema disciplinario vigente disminuye la autonomía interna en la judicatura. En efecto, en una organización judicial vertical y rígidamente jerarquizada, las facultades disciplinarias pueden ser utilizadas para incidir en decisiones estrictamente jurisdiccionales tomadas por los jueces inferiores. Se lesiona, por esa vía, la independencia judicial de cada juez para cumplir su tarea, sin interferencia de sus superiores jerárquicos.

Resaltar este punto es relevante dado que suele defenderse de manera apasionada la independencia externa que se debe garantizar al Poder Judicial de los poderes políticos, sin embargo, dicho rigor no es simétrico cuando se trata de cuestionar todo aquello que pueda menoscabar la independencia interna.

Los dilemas en esta materia son complejos: ¿quién tiene que velar por el cumplimiento de los deberes funcionarios de los jueces?; ¿qué pasa si el juez no mantiene dicho apego a la legalidad y cierta deferencia al precedente (o jurisprudencia existente)? No es fácil la respuesta, porque si se mantiene la atribución en los tribunales superiores, se mantiene también el riesgo de su utilización para influir jerárquicamente en los fallos; si se encarga a un órgano independiente, existe el riesgo de su captura para interferir igualmente en los fallos.

En nuestro país esta cuestión quiso ser abordada por el Ejecutivo a través del *proyecto de ley que modifica la regulación del Ministerio Público Judicial, del régimen disciplinario del Poder Judicial y del Recurso de Queja* (Boletín N° 3791-07), ingresado el 20 de enero de 2005, y que se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Este tiene por objeto establecer importantes modificaciones al sistema disciplinario del Poder Judicial.

Del mensaje de dicho proyecto de desprende la necesidad de que el Poder Judicial cuente con resguardos institucionales que lo apoyen en la tarea de

²¹ De oficio puede ejercerse tanto respecto de los jueces de letras, jueces de garantía, jueces de tribunal oral penal, miembros de la Corte de Apelaciones y de la propia Corte Suprema. Ello puede recaer no sólo respecto de los funcionarios o miembros de la judicatura, sino que también respecto de las partes y abogados frente a la presentación de escritos con expresiones abusivas o soeces. En cuanto al ejercicio de estas facultades a petición de parte se deben destacar la queja disciplinaria y el recurso de queja (545, 548 y 549 del COT). Para mayores detalles ver NAVARRO (2007) pp. 152-153.

ejercer sus labores con probidad y transparencia, y contar con mecanismos que fiscalicen e incentiven esto.²²

Entre las cuestiones positivas que se proponen en el proyecto destaca un nuevo rol para el Ministerio Público Judicial;²³ fortalecer el carácter fiscalizador de los Fiscales Judiciales y la racionalización de funciones de otros actores;²⁴ establecimiento de un canal (fiscales judiciales) al que puede recurrir cualquier ciudadano;²⁵ y compatibilizar el sistema de visitas ordinarias con la función asignada a la fiscalía judicial (evitando que los Ministros de las Cortes de Apelaciones ejerzan funciones no jurisdiccionales).

En este sentido, y dado el actual esquema judicial chileno, el proyecto tiene la potencialidad de tener un impacto relevante en la conducta de los miembros del Poder Judicial. Asimismo, entrega herramientas a los usuarios del sistema para poder canalizar las faltas y abusos cometidos por funcionarios judiciales, estableciendo un procedimiento transparente y permanente para ello, lo cual puede tener un impacto positivo desde el punto de vista del control ciudadano sobre el Poder Judicial.

²² Dice el Mensaje: "La existencia de instituciones como éstas que se hagan cargo de las fiscalizaciones disciplinarias de los integrantes del Poder Judicial fortalece la necesaria probidad y el buen comportamiento en el ejercicio de la función judicial, tanto de Ministros y jueces como de auxiliares de la administración de justicia y empleados judiciales. Sin embargo, tales facultades deben ser ejercidas con sujeción a normas de procedimiento adecuadas, que reflejen el respeto por los principios básicos del debido proceso, como la bilateralidad de la audiencia y el derecho a impugnar. No es posible concebir un ejercicio adecuado de la potestad que se entrega al Ministerio Público Judicial sin un contexto procedimental justo y equitativo, como el que el presente texto propone (...) Así, la obligación del investigador de indagar y agregar al expediente tanto los antecedentes que perjudiquen como los que beneficien o exculpen al afectado, la clara posibilidad de descargos, la amplia posibilidad de prueba, la garantista forma de notificación contemplada, entre otras garantías, no vienen sino a demostrar el espíritu que ha inspirado el presente proyecto, en pro del respeto del debido proceso".

²³ Donde se propone una estructura interna especialmente dedicada a la prevención, investigación y eventual propuesta de sanciones, respecto de los actos relativos a la disciplina judicial. Con ello se busca fortalecer la probidad y el buen comportamiento en el ejercicio de la función judicial, tanto de Ministros y jueces como de auxiliares de la administración de justicia y empleados judiciales. Con esto se opta por un camino radicalmente distinto a lo planteado en el pasado donde se buscaba eliminar la institución, dado que muchas de las funciones de este órgano o bien coincidían con el ámbito de competencias del Ministerio Público propio de la Reforma Procesal Penal o eran atribuciones de menor entidad.

²⁴ El proyecto elimina toda atribución de carácter jurisdiccional o consultiva –tanto en lo criminal como en lo civil– y le da un puro carácter fiscalizador; es decir, le otorga atribuciones para investigar cualquier irregularidad de índole disciplinaria, reservándose la aplicación de la correspondiente sanción al superior jerárquico. La reforma permite que se genere una especialización en relación con el control disciplinario, impidiendo que otras autoridades judiciales dediquen su escaso tiempo a investigar irregularidades dentro del tribunal. Eso sí, la imposición de la sanción es de atribución del superior. Otro punto relevante es que se regula la investigación de los fiscales. Se determina un procedimiento legal que dota de una mayor transparencia a la investigación.

²⁵ En miras a denunciar toda falta o abuso en la conducta de los funcionarios judiciales, estableciéndose incluso la obligación para los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones de tener diariamente una audiencia pública destinada a oír las quejas verbales o escritas que cualquier persona quiera interponer contra algún funcionario sobre el cual detente facultades disciplinarias.

Lamentablemente se establece una disposición que altera todo el esquema descrito. Si bien el Ministerio Público Judicial asume la investigación de las denuncias relativas al comportamiento disciplinario de los jueces y funcionarios del Poder Judicial; tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones tienen la facultad de designar a un Ministro para efectuar la correspondiente investigación en caso de que lo encuentren justificado, para situaciones en que se encuentre comprometida la responsabilidad disciplinaria de un juez o auxiliar de la administración de justicia. Si bien lo anterior es excepcional, en la práctica abre un espacio a la inseguridad jurídica y permite crear ámbitos faltos de transparencia.

Más aún, subsiste una pregunta de fondo en esta materia: ¿podrá un órgano adscrito al Poder Judicial efectuar un eficaz control y represión a las irregularidades que se desarrollen al interior del mismo? Es una pregunta que queda abierta y que sólo podrá ser respondida por la Fiscalía en caso de implementarse este nuevo esquema.²⁶

Otras críticas que se han formulado a este proyecto dicen relación con que se mantiene, innecesariamente, la figura del ministro de fe que debe autorizar toda actuación del investigador; la tramitación es escrita, sin audiencias; el fallo se elabora a partir del informe y los antecedentes acompañados por el investigador, no existiendo propiamente un juicio disciplinario ante el órgano sancionador, con derecho a defensa y actividad probatoria; se establece una suerte de consulta obligatoria ante la Corte Suprema; y no queda clara la idoneidad de la composición del órgano investigador –el Ministerio Público Judicial– para abordar la tarea que se le encomienda.²⁷

2.1.3 Evaluación y disciplina en el derecho comparado

a) Estados Unidos

En una gran cantidad de estados en Estados Unidos la evaluación y rendición de cuentas (*accountability*) judicial, incluidos excepcionalmente los tribunales superiores de justicia, puede llegar en el extremo a responder ante los electores.²⁸ Este esquema asegura altos grados de *accountability*, sin embargo, puede

²⁶ Para ello, es fundamental que las modificaciones al párrafo 1° del Título XI del Código Orgánico de Tribunales sobre Fiscalía Judicial refuercen la independencia con la que contará, no tan sólo en el papel, sino en la práctica el Ministerio Público Judicial.

²⁷ VARGAS (2007) pp. 120-121.

²⁸ TARR (2006) p. 59. A nivel estatal, los jueces son designados en una de las siguientes cinco formas: elección partidista; elección no partidista; designación del Gobernador; designación por la legislatura estatal; o por mérito (*merit plans*), que combinan los procesos de elección con los de mantención (aprobando la continuidad de un juez). Los procedimientos de designación a nivel estatal generalmente

a su vez generar politización y disminución de independencia, en la medida en que los jueces se “deben” tanto a sus electores como a su programa.²⁹

Una vez en el cargo, los jueces controlan ampliamente la administración de las cortes.³⁰ El *Chief Justice* (Presidente de la Corte Suprema) de Estados Unidos encabeza la judicatura, presidiendo la Conferencia judicial y eligiendo al director de la oficina administrativa. La Conferencia judicial determina la política administrativa de las Cortes. La Conferencia judicial fue establecida en 1922 como un foro a través del cual los jueces podían discutir y desarrollar estrategias para mejorar el desempeño judicial. La Conferencia judicial está integrada por el Presidente de la Corte Suprema, el Presidente de la Corte Internacional de Comercio y un juez de distrito por cada circuito regional judicial elegidos por mayoría de voto de los jueces dentro de cada circuito en particular. Una característica relevante de la Conferencia judicial, es su composición exclusivamente judicial y el hecho de no tener atribuciones en los nombramientos judiciales.

A diferencia de otros países que delegan la carga administrativa en las Cortes superiores, como es el caso chileno, en Estados Unidos el Congreso explícitamente delega la administración de las cortes a la Conferencia judicial y no a la Corte Suprema. Así, la Conferencia fiscaliza la oficina de administración de las cortes a través de sus propios comités asignados para conocer de materias específicas tales como personal, espacios y seguridad, salarios y beneficios. La oficina administrativa dirige el desarrollo de presupuestos, recolecta información y estadísticas judiciales, genera programas de capacitación, entre otros. Estadísticas como la tasa de revocaciones de los fallos de un juez o cuán frecuentemente han sido citados por los tribunales determinados jueces para obtener su opinión, han sido usados como criterio para medir el desempeño judicial. Mientras las Cortes difieren en el énfasis que les dan a las estadísticas, la oficina administrativa tiene la responsabilidad de evaluar a los jueces, sobre la base de esta información. El Director de la oficina administrativa se desempeña como secretario de la Conferencia judicial y como miembro de su Comité ejecutivo.

sufren de la misma politización que ocurre a nivel federal, mientras que los jueces elegidos enfrentan diferentes clases de influencias externas. Posner nota que los jueces típicamente electos exhiben un ligero favoritismo a favor de los litigantes de gran revuelo público e incluso pueden desfavorecer a los imputados en estados que permiten la pena capital. Los planes de mérito, por su parte, presentan un proceso híbrido de elección. En los estados donde tienen lugar, el Gobernador debe seleccionar jueces de una lista presentada por una comisión no partidista. El juez designado en este caso asume su cargo por un período breve de tiempo antes de enfrentar una elección donde los ciudadanos del estado deben votar si el juez debe mantenerse o no en el cargo. Algunos estudios muestran que este tipo de elecciones sí introducen algún grado de *accountability* público que no existe en elecciones directas, incluso si la elección cuenta con votantes apáticos o falta de publicidad. POSNER (2005).

²⁹ GAROUPA y GINSBURG (2007).

³⁰ En esta parte hemos seguido un trabajo anterior. Ver GARCÍA y MANCUSI-UNGARO (2007).

Así, mientras la política general de administración judicial es establecida por la Conferencia judicial en un nivel macro, la autoridad también se delega y es manejada más eficientemente por cada Corte a un nivel micro. Por lo tanto, el Presidente de cada Corte dirige diariamente la administración de su propia Corte con la ayuda de los empleados de la misma de acuerdo a la política general llevada a cabo por la Conferencia judicial.

La Conferencia también fiscaliza la conducta judicial a nivel federal a través de sus comités ad hoc. Existen procedimientos para realizar una queja contra un juez alegando mala conducta o inhabilidad para desempeñar sus tareas.

Las quejas deben inicialmente presentarse al Presidente de la Corte de Apelaciones (*Chief Judge*) dentro del circuito en el cual el juez tiene asiento. Los empleados de la Corte enviarán una copia al juez contra el cual se realiza la queja, y el Presidente rápidamente revisará cualquier queja. Luego de una revisión no resolutive, el *Chief Judge* declarará inadmisibles las quejas o concluirá los procedimientos si han sido puestos en marcha o si no son necesarios. La mayoría de las quejas no son admitidas, principalmente porque se basan en un fallo particular del juez o en elementos del procedimiento de un caso que no se relaciona con un mal comportamiento judicial. Si el Presidente cree que es necesaria una mayor investigación, nombrará un Comité especial integrado por él mismo junto con igual número de jueces del circuito y de distrito dentro de su circuito. El Comité luego investigará la conducta del juez y emitirá un informe al Consejo del circuito judicial con sus conclusiones y recomendaciones para una acción apropiada.

Este Consejo puede después suspender la asignación de nuevos casos al juez, requerir el retiro voluntario del juez, emitir una sanción al juez de manera privada o pública, u ordenar alguna acción apropiada relacionada a la mala conducta. El Consejo no puede ordenar la remoción de los jueces federales nombrados de por vida (*life tenure*) bajo la cláusula de buena conducta dispuesta en el artículo III de la Constitución.

El Consejo puede dirigir cualquier queja a la Conferencia judicial, que también tiene el poder para revisar las decisiones del Consejo. Tanto la persona que se queja, como el juez acusado de mala conducta, pueden solicitar a la Conferencia Judicial la revisión de cualquier acción disciplinaria emanada de los Consejos. En última instancia, la Conferencia Judicial debe enviar un informe a la Cámara de Representantes (*House of Representatives*), que decidirá qué medida será tomada en el asunto.

A nivel estatal, cada estado ha establecido su propio procedimiento y mecanismos para manejar la revisión de la conducta judicial. La función de estos

órganos estatales disciplinarios varía, al punto de que en algunos casos se llegue a remover a jueces.

b) Consejos Judiciales, de la Judicatura, de Justicia o de la Magistratura (Europa Continental y Latinoamérica)

Otros países han entregado las cuestiones relativas a la evaluación de los jueces, como en algunos casos las disciplinarias, a órganos externos denominados Consejos Judiciales.

Un buen ejemplo en esta materia lo constituye el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) español, establecido en la Constitución de 1978.³¹ El artículo 122 crea el CGPJ como el órgano general a cargo de la judicatura.³² Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, 20 miembros nombrados por el Parlamento, de los cuáles doce son jueces y 8 abogados integrantes. El Parlamento elige a los 12 jueces de una lista de 36 candidatos propuestos por la judicatura.

El CGPJ posee atribuciones de nombramiento, entrenamiento, evaluación, promoción y disciplina de la judicatura, funciones que tradicionalmente correspondían al Ministerio de Justicia. Además se encarga del presupuesto judicial, sin perjuicio de ser administrado por el Ministerio de Justicia. Una comisión de selección, rama del CGPJ, está encargada del contenido y estructura de los exámenes. Esta comisión se compone por miembros elegidos por el CGPJ o el Ministerio de Justicia. En 1994, la responsabilidad de la Academia Judicial y el control del proceso de selección habían sido delegados al CGPJ.

Los jueces tienen cargo vitalicio y sólo pueden ser removidos por ciertas causales, que incluyen renuncia, pérdida de la nacionalidad española, condena por delito, ser inadecuado para el cargo, o como resultado de procedimientos disciplinarios. El CGPJ investiga e impone sanciones fundadas en procedimientos disciplinarios en su sesión plenaria o a través de su Comité Disciplinario. Más aún, si un juez es condenado por crimen, el CGPJ tiene la facultad para proponer una sanción en vez de remoción si el delito es penado con menos de 6 meses de presidio.

Los procedimientos disciplinarios mantienen en su esencia un *accountability* interno, pero también uno público, ya que los ciudadanos pueden manifestar

³¹ En esta parte hemos seguido un trabajo anterior. Ver GARCÍA y MANCUSI-UNGARO (2007).

³² El artículo 122 de la Constitución española especifica: "La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario". Sin embargo, no será sino hasta 1985 cuando es delineada la ley orgánica del Poder Judicial en materia de estructura y responsabilidades de la judicatura.

sus reclamos o quejas. Además, los ciudadanos pueden demandar a cualquier funcionario judicial por delitos cometidos en su cargo. Dependiendo del escalafón del juez, es el Tribunal Supremo o un tribunal superior de Justicia el encargado de conocer dicha situación.

Además de las funciones disciplinarias y en menor medida promocionales, la CGPJ tiene cierta función en el control de la administración judicial. El Ejecutivo todavía ejerce mucha autoridad al regular al personal administrativo de las Cortes, la infraestructura judicial y los recursos. El Ejecutivo está también a cargo de la administración de las pensiones. Incluso más importante es el hecho de que el Legislativo controla la mayoría de los salarios de la judicatura a través del estatuto, siendo la minoría de las categorías controladas por el Ejecutivo.

Con todo, el modelo de los Consejos Judiciales presenta en su diseño diversas complejidades que deben ser consideradas a la hora de evaluarlo, a lo que se suma el hecho que en derecho comparado encontramos modelos muy diversos unos de otros, por lo que no puede hablarse unívocamente de ellos.³³

Asimismo, existe bastante evidencia, tanto respecto de los modelos europeos como de los desarrollados en Latinoamérica,³⁴ que muestra que este modelo de Consejos Judiciales no ha generado mayor independencia, eficiencia o disminuido la politización.³⁵

³³ Las diferencias se centran en cuanto a la extensión de sus atribuciones (totales, importantes o mínimas); rol o peso relativo que juega la Corte Suprema o el resto de los jueces; composición y forma en que son seleccionados sus integrantes (por un mismo órgano o varios); el tamaño; rol que juegue la política partidista en estos aspectos, entre otros. Todas las variantes anteriores son fundamentales a la hora de exigir resultados del modelo en términos de independencia, grados de politización, eficiencia, etc. Además, el diseño institucional debe evitar facilitar los intentos de "captura" por parte de los grupos de interés, los que se desplazarían desde los superiores jerárquicos, hasta el Consejo Judicial. Ver GAROUPA y GINSBURG (2007).

³⁴ Esta institución se encuentra, con variaciones menores, presente por ejemplo en Colombia (1991), Ecuador (1992), El Salvador (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994) y México (1994).

³⁵ Vargas resume las críticas en tres centrales: "(i) A los Consejos se les entregó la totalidad de las funciones del gobierno judicial, pues aquella que hemos llamado representación política por historia y peso institucional fue conservada en las Cortes Supremas. Incluso en las restantes quedaron también zonas oscuras, de intersección de facultades. Todo ello redundó en una constante y desgastante pugna de poderes entre las Cortes Supremas y los Consejos, costándole muchísimo a éstos encontrar su definitivo nicho. (ii) Por lo general los Consejos han sido tan permeables a las influencias políticas en el manejo de las carreras judiciales como antes lo eran los otros poderes del Estado. Incluso, como lo comprueba la experiencia española, los cambios intentados en su composición no han sido eficaces para diluir los compromisos políticos de sus integrantes con el sector que los designa. (iii) Los Consejos no han servido para profesionalizar y por ende hacer más eficiente la administración de los tribunales. En parte por su integración mayoritaria si no exclusiva de abogados; en parte por tratarse de órganos colegiados, del todo ineficientes a la hora de tomar decisiones cotidianas de gestión; en parte porque ellos mismos han creado costosas estructuras burocráticas pero poco profesionales que se superponen y encarecen las que ya existían en los Poderes Judiciales". VARGAS (2005) p. 5.

Una reflexión final. Si bien la elección de los jueces nunca ha sido un modelo debatido en el país en gran profundidad, a comienzos de los 90 la comisión de estudios del sistema judicial chileno formada por el Centro de Estudios Públicos (CEP), coordinada por el destacado ex Ministro Eugenio Valenzuela, discutió las implicancias del establecimiento de un Consejo Judicial para Chile.³⁶

2.1.4 Lineamientos de propuesta

a) Evaluación y calificaciones

En principio, la evaluación o calificación de los jueces debiera ser vista desde una perspectiva de recursos humanos como en cualquier empresa. Por supuesto, esto es problemático pensando en los jueces, por dos motivos. En primer lugar, por ciertos componentes de su diseño institucional que se busca garantizar (independencia judicial, inamovilidad, etc.) y que hace muy difícil aplicar directamente criterios de evaluación (como también de incentivos) de la empresa privada así sin más;³⁷ y, en segundo lugar, por el tipo de bienes que se provee un juez, esto es, bienes públicos, que por sus especiales características no pueden ser proveídos por el mercado (o no en cantidades socialmente óptimas).³⁸

El actual debate en Chile pareciera estar generando un consenso relevante: establecer parámetros objetivos de evaluación de los jueces, a través de la consagración de una serie de indicadores que sean ponderados (para amortiguar los efectos de la consideración aislada de cada uno de ellos). La idea de indicadores garantiza la objetividad de la evaluación (los aspectos considerados), como asimismo la objetividad del evaluador. Ello implica no tan sólo considerar aspectos cuantitativos (productividad, asistencia a las audiencias agendadas, sentencias ponderadas por su complejidad, permisos y ausencias, entre otros; sino también aspectos cualitativos que dicen relación, por ejemplo, con evaluaciones de usuarios o el número de revocaciones de sentencias, el que un juez se aparte manifiesta e injustificadamente de la ley, o el no respeto a la jurisprudencia existente.³⁹

Siguiendo a Vargas,⁴⁰ ello implica pasar hacia un nuevo sistema de calificación que sustituya al actual, donde se establecen compromisos de desempeño basados en metas colectivas e individuales, de las cuales dependen incentivos

³⁶ Ver VIAL y CORREA (1991).

³⁷ Ver CORDERO (2007).

³⁸ Por ello se les trata dentro de las "fallas de mercado".

³⁹ PASTOR y MASPONS (2004).

⁴⁰ VARGAS (2007) pp. 117-118.

valiosos para los funcionarios, tales como bonos de desempeño, posibilidad de optar a programas especiales de capacitación, etc.⁴¹

En este esquema, las metas de gestión deberían ser fijadas, de manera muy similar a lo que sucede en el modelo de Conferencia judicial americano, por una comisión de integración múltiple (jueces de distintas instancias y expertos en gestión) y encabezada por el Presidente de la Corte Suprema, que se reúna un par de veces al año para primero definir y luego analizar las políticas generales de planificación de la institución.

La ejecución de estas políticas generales estará a cargo de una Gerencia Judicial (compuesta exclusivamente por expertos con conocimientos en administración), entre cuyas funciones estarán, por ejemplo, el seguimiento periódico (trimestral) en el cumplimiento de los compromisos de desempeño y metas de gestión.

Para que el sistema también opere como mecanismo para apartar del Poder Judicial a los funcionarios manifiestamente negligentes o ineficientes, debería contemplarse un piso mínimo de cumplimiento de los indicadores de desempeño. El funcionario que no llegue a ese piso (por ejemplo, por 2 años consecutivos), podría ser apartado de la institución.

Resulta fundamental que a la hora de diseñar incentivos, como son los bonos por desempeño, se eviten los "componentes base", que en la práctica implica garantizar un bono a todo evento, o en otras palabras, un aumento de sueldo directo. Ello desnaturaliza un instrumento que busca premiar la productividad. Asimismo, si bien la existencia de bonos de desempeño institucional y colectivos es positiva en la medida en que buscan premiar aumentos de productividad en determinadas unidades organizacionales (e.g., un tribunal, una sala, o la que se determine), debieran ir siempre acompañados de un bono de carácter individual, dado que sabemos que, en cualquier acción colectiva,⁴² se produce el efecto de *free-riding* o polizón, esto es, aprovechar los beneficios de la acción colectiva (esfuerzo del grupo), sin incurrir en los costos del mismo (esfuerzo personal). Ello de suyo puede ser injusto, dado que no premia los esfuerzos individuales de productividad que generaron el aumento de productividad colectiva.⁴³

Obviamente, los bonos (tanto colectivos como individuales) deben ser di-

⁴¹ Como vimos al inicio del artículo, lo anterior no es para nada desconocido al interior de nuestra Judicatura. Ejemplos de ello, la Ley N° 19.531 de 1997 y la N° 20.224, que modifica la anterior.

⁴² OLSON (1992).

⁴³ En un sentido similar VARGAS (2007) p. 118.

señados evitando los incentivos perversos propios de un sistema de bonos basados en cuestiones cuantitativas, de ahí la importancia de los *ponderadores* (varias variables que se potencian o neutralizan las unas a las otras). Con ello evitamos lo que hemos visto en el pasado: jueces “*express*” que para recibir el mencionado bono son capaces de fallar en pocos días el equivalente a muchos meses de trabajo.

No se puede olvidar en esta materia, y como se planteara al comenzar esta sección, que creemos conveniente se desvincule el lugar dentro del escalafón judicial que ocupa un juez, con su remuneración (y estatus protocolar). Ello importa que un juez con estatus de “Ministro” pueda ejercer como juez en un tribunal civil, pero recibir una remuneración equivalente a la que pueda recibir hoy un Ministro de Corte de Apelaciones, o incluso de la Suprema, junto con recibir bonos por su buen desempeño.

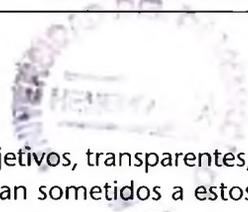
La idea de fondo es evitar que la única manera de mejorar las remuneraciones y el estatus al interior de la judicatura sea tener que “escalar” en la pirámide judicial. Ello nos parece ineficiente en la medida en que puede haber jueces que efectivamente tengan una vocación por ser juez de primera instancia, y sean muy buenos cumpliendo tal cometido; pero que deban ascender en la pirámide judicial para mejorar su situación económica y de prestigio. En el actual esquema creemos se pierde creatividad y en alguna medida libertad para seguir una determinada vocación.

b) Régimen disciplinario

En el derecho comparado este tipo de cuestiones suele abordarse mediante el establecimiento de un Código de Ética Judicial, Código que se ha venido proponiendo para Chile en el último tiempo y que busca establecer de forma clara qué conductas judiciales atentan contra estándares éticos mínimos: independencia, imparcialidad, honestidad, celeridad, etc. En el centro de los Códigos de Ética Judicial se encuentra la idea, como lo establece el canon N° 2 del *Código Modelo de Ética Judicial* americano, que la actuación judicial debe no sólo evitar ser impropia, sino evitar la “*apariencia*” de impropia, por el daño que esto último también puede generar al Poder Judicial.⁴⁴

Para el caso chileno, junto con el establecimiento expreso de normas de conducta, debiera revisarse la institucionalidad que debe aplicarlo, para lo cual el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, antes analizado, y con las observaciones críticas planteadas, parece ser un buen punto de partida para

⁴⁴ MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT (2004).



iniciar el debate.

Lo relevante es garantizar procedimientos disciplinarios objetivos, transparentes, que garanticen el debido proceso a los jueces que se vean sometidos a estos procedimientos. Esto último es fundamental: no sólo es relevante garantizar la independencia externa del Poder Judicial (como el caso en cuestión), sino también la interna (facultades disciplinarias que tienen los superiores jerárquicos).

También parece interesante revisar aquellos aspectos del modelo americano, por ejemplo el sistema de quejas ante los Consejos Judiciales, y extraer de dicha experiencia lecciones en materia de procedimiento, transparencia, experiencia de los usuarios, etc.

2.2 Administración y gestión judicial

2.2.1 Comisión y gerencia judicial

Hoy en día, y según lo establecido en el artículo 506 del Código Orgánico de Tribunales, la administración de los recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados al funcionamiento de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y de los Juzgados de Letras, de Menores, del Trabajo y de Cobranza Laboral y Previsional, la ejercerá la Corte Suprema a través de un organismo denominado Corporación Administrativa del Poder Judicial, con personalidad jurídica, que dependerá exclusivamente de la misma Corte y tendrá su domicilio en la ciudad en que ésta funcione.⁴⁵

El objetivo de su creación fue tecnificar y profesionalizar la función de apoyo administrativo al gobierno judicial, de modo de lograr una administración de recursos eficiente y racional. Entre sus funciones destaca el elaborar los presupuestos; administrar los bienes destinados al funcionamiento de los tribunales; asesorar en materia de diseño y análisis de información estadística y en la implementación de sistemas computacionales; formular proposiciones en materia de personal e indicadores de gestión y administración de recursos humanos, entre otros.⁴⁶

La dirección de la Corporación Administrativa corresponderá al Consejo Superior, integrado por el Presidente de la Corte Suprema, que lo presidirá, y por cuatro Ministros del mismo tribunal elegidos por éste en votaciones sucesivas y

⁴⁵ El inciso segundo del referido artículo establece que la CAPJ se regirá por las disposiciones del Título XIV del COT y por los autos acordados que al efecto dicte la Corte Suprema, dentro de sus atribuciones, y le serán también aplicables las normas sobre administración financiera del Estado.

⁴⁶ Ver NAVARRO (2007) p. 154.

secretas, por un período de dos años, pudiendo ser reelegidos. Asimismo, y por igual período, la Corte Suprema elegirá de entre sus miembros dos consejeros suplentes, que subrogarán según el orden de su elección e indistintamente a cualquiera de los titulares en caso de ausencia por cualquier causa.⁴⁷

En este punto conviene detenernos en una cuestión central de este artículo, y que dice relación con mirar a los Ministros de la Corte desde la perspectiva económica. En efecto, desde esta perspectiva existen al menos dos buenos argumentos para sostener el porqué es deseable que los Ministros y los jueces en general se concentren en sus tareas propiamente jurisdiccionales. Esto es relevante porque lo que buscamos es que se asignen de manera eficiente recursos escasos para maximizar el bienestar social. Esto es todavía más relevante cuando hablamos del uso eficiente de los recursos públicos.

Así, en primer lugar, los 21 Ministros son un recurso extremadamente escaso (¡son sólo 21 en el país!), y por ende valioso: cada hora que un Ministro destina a labores administrativas, es una hora que pierde la sociedad en términos de los esfuerzos que está realizando para aumentar los niveles de certeza jurídica.

En segundo lugar, porque sus especiales habilidades en materia de interpretación de la ley y resolución de controversias jurídicas implican que respecto de otros profesionales, tienen ventajas comparativas en esta área, y por lo mismo, no las poseen en las labores de gestión y administrativas –en las cuales los jueces no son expertos–, que deben quedar en manos de aquellos profesionales especializados.

Entre nosotros, los argumentos anteriores no debieran presentar novedad alguna, dado que son parte del fundamento económico de la Reforma Procesal Penal, la que no sólo ideó la base de un sistema de persecución criminal eficiente,⁴⁸ sino que en materia de administración de recursos estableció al “Administrador de tribunal”, figura resistida en un comienzo –y que en la actualidad no ha desarrollado todas las potencialidades que su función le permite– que ha significado un avance importante en la consecución de mayores grados de eficiencia y eficacia en la administración de los recursos judiciales.

De todo lo anteriormente dicho parece natural concluir que esta área también debiese pasar bajo la mirada del rediseño institucional. En este punto, nos parece interesante seguir el modelo de Conferencia judicial americana, y, como se dijera antes, que sea de integración múltiple (jueces de distintas instancias y

⁴⁷ Artículo 508 del COT.

⁴⁸ Lo que explica la incorporación de verdaderos mecanismos de “filtro” con que goza el Ministerio Público (términos facultativos), en particular la figura del “archivo provisional”.

expertos en gestión) y encabezada por el Presidente de la Corte Suprema, que se reúna un par de veces al año para primero definir y luego analizar las políticas generales de planificación de la institución. La ejecución de estas políticas generales estará a cargo de una Gerencia Judicial –compuesta exclusivamente por expertos con conocimientos en administración–, la cual tendrá, entre ellas, el seguimiento periódico de las distintas cuestiones administrativas.

Hay buenas razones para pensar que una gerencia judicial se puede diseñar sobre la base de la actual Corporación Administrativa del Poder Judicial, sin embargo, parte de las transformaciones radicales que debiera sufrir ésta, dice relación con eliminar su actual Consejo Superior, que como vimos implica estar bajo las órdenes no tan sólo del Presidente de la Corte, sino de diversos ministros (4 y 2 suplentes).

Lo anterior debe ir acompañado de una administración relativamente descentralizada y autónoma de los despachos judiciales en las distintas Cortes de Apelaciones y tribunales de primera instancia, esto es, cada tribunal debe contar con sus propios “gerentes” o administradores para tomar las decisiones del día a día de un tribunal determinado. Como se sostuvo anteriormente, ello está generando efectos positivos en materia de Reforma Procesal Penal.

Una última reflexión en esta materia. El mejoramiento de la calidad de la gestión del Poder Judicial enfrenta varias interrogantes. La primera, es la determinación del tipo de instrumentos a ser empleados. La segunda, si los diseños que se persiguen en términos de gestión afectan o no la independencia judicial. Así, cuando hablamos de metas de eficiencia, bonos por desempeño, uso de diversos indicadores judiciales, *benchmarking* entre cortes o presupuestos por resultados, son diversas las consideraciones, y los resguardos institucionales, que se deben tomar por parte de quienes están diseñando y pensando estos instrumentos.⁴⁹

2.2.2 Autonomía presupuestaria o financiera

En opinión de la Corte Suprema, la autonomía del Poder Judicial debe entenderse en un sentido amplio, esto es: *operativa*, de modo de tener las herramientas legales para adecuar su propia institucionalidad a los requerimientos de la población; *financiera*, de manera de poder contar con los recursos necesarios para satisfacer la demanda nacional de justicia; *funcional*, adoptando los resguardos pertinentes para que los jueces desarrollen sus funciones jurisdiccionales con

⁴⁹ Para profundizar en estas cuestiones ver CORDERO (2007), VALDIVIA (2007) y PASTOR y MASPONS (2004).

entera independencia de otra autoridad; de *generación*, reestudiándose el sistema de nombramiento, en materia de plazos y silencios tácitos; *retributiva*, propiciándose condiciones para obtener una remuneración digna, acorde con la importancia de la función y en concordancia con la de otros poderes; y *estructural*, mejorando la estructura de los entes de apoyo del Poder Judicial.⁵⁰

Sin entrar a analizar cada una de las autonomías invocadas por nuestro máximo tribunal, nos parece de toda justicia garantizar un ámbito relevante de autonomía presupuestaria o financiera a la judicatura. Como se sostuviera anteriormente, esto requiere revisar nuestro diseño institucional. Junto con lo anterior, en ningún modo puede interpretarse esta autonomía financiera como la necesidad de asignar un porcentaje fijo de recursos anuales, por ejemplo, garantizados en la Constitución, como sucede en algunos países del continente y nos muestran los Reportes de la Justicia anuales elaborados por el Centro de Justicia de las Américas.⁵¹ Ello de suyo conlleva incentivos perversos para que la judicatura no administre sus recursos de manera eficiente.

Desde el punto de vista legislativo, este debate ha girado en torno al *proyecto de ley que flexibiliza el manejo de los fondos asignados al Poder Judicial en la Ley de Presupuestos* (Boletín N° 3789-07), ingresado el 20 de enero de 2005 y que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado, que tiene por objeto invertir el proceso de asignación de recursos al Poder Judicial que provienen principalmente de la Ley Anual de Presupuestos que presenta el Gobierno y aprueba el Congreso, lo que parece un paso en la dirección correcta en esta materia.

Así, en vez de atenerse a la suma global que le señala el Ministerio de Hacienda, será la Corte Suprema la que comunicará al Ejecutivo la estimación de sus gastos. La Corte regulará la manera como las Cortes de Apelaciones y la Academia Judicial le informarán de sus necesidades en la materia. Asimismo, los trasposos de fondos y asignados al Poder Judicial entre capítulos y subtítulos los hará la Corporación Administrativa en lugar de autorizarse por decreto supremo de Hacienda; las identificaciones presupuestarias de proyectos de inversión se harán por la Corporación Administrativa y la Academia Judicial, sin pasar por MIDEPLAN; los saldos finales de caja pasarán al presupuesto siguiente del Poder Judicial, mediante acuerdos de la Corporación y de la Academia, que señalarán cómo se distribuirán esos recursos; y los proyectos de ley del Ejecutivo que asignen mayores funciones a los tribunales, deberán contar con el informe previo de la Corporación Administrativa sobre los gastos que originen.

⁵⁰ NAVARRO (2007) p. 157.

⁵¹ Ver en la página web de la institución: <http://www.cejamericas.org>

Como contrapartida a lo anterior, se propone que los estados contables del Poder Judicial se revisen por entidades externas que se contratarán mediante licitación pública para efectuar auditorías financieras y operacionales de la Corporación Administrativa y Academia Judicial; los estados contables y los informes de auditoría serán públicos, estarán disponibles en medios electrónicos y se incluirán en las memorias de la Corporación y Academia Judicial; y se reforzará la Contraloría Interna de la Corporación Administrativa, que dependerá del Consejo de la Corporación Administrativa.

En efecto, de la misma manera que decimos que hay que profesionalizar la gestión del aparato judicial, también nos oponemos a que ella sea interferida o esté sujeta a las prioridades e influencias gubernamentales. Por ello, pensamos que otorgar independencia para gestionar los recursos asignados es de suma urgencia; hay ahí una petición mínima: si se exigen resultados en función de los medios que se entregan, hay que otorgar la capacidad para administrar esos medios con la flexibilidad que permita obtenerlos; de lo contrario ¿con qué autoridad se cuestionan los resultados obtenidos?

Lamentablemente, este proyecto junto a los ya analizados integrantes de la denominada “mesa judicial” de fines de 2004 no prosperaron. Nos parece relevante reactivar esta discusión.

3. Revisando el rol jurisdiccional de la Corte

Habiendo revisado las cuestiones centrales de lo que en literatura se conoce como gobierno judicial, y establecida la necesidad, de reformular nuestro diseño institucional, sobre todo restringiendo y optimizando el rol que le cabe a la Corte Suprema en esta materia, podemos pasar derechamente al análisis de la que, a nuestro juicio, constituye la reforma más relevante de este programa de reformas: repensar los aspectos propiamente jurisdiccionales de la Corte.

El paso previo, ineludible a nuestro juicio, consiste en revisar, desde la perspectiva empírica, la carga de trabajo jurisdiccional de la Corte en la última década.

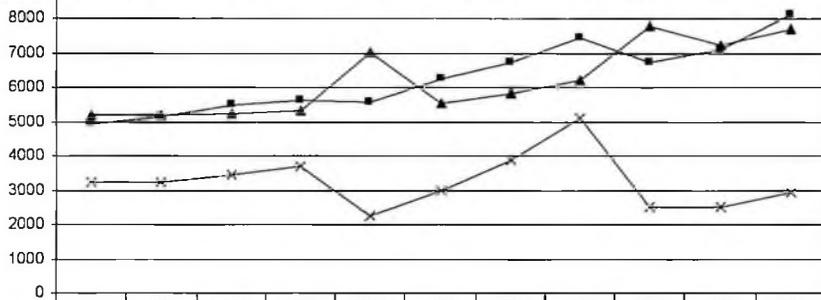
3.1 ¿Qué nos dice la evidencia?

Los ingresos de recursos a la Corte Suprema llegaron a 8.158 en 2008. En este mismo año, las sentencias alcanzaron las 7.702. Ello implicó que el “stock” de causas pendientes de la Corte pasara de las 2.521 en 2007 a 2.945 en 2008. Hace 10 años, en 1998, las estadísticas judiciales mostraban una realidad distinta: mientras los ingresos llegaban a 4.968, las sentencias llegaban a 5.223, sin perjuicio de que las pendientes tuvieran niveles similares a los actuales

(Gráfico 1).

GRÁFICO N° 1
Evolución Ingresos, Fallos y Pendientes Corte Suprema 1998-2008

(Fuente: elaboración propia sobre la base de Memorias Poder Judicial)

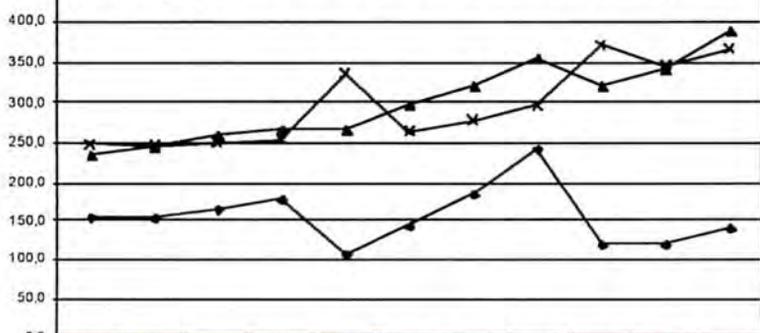


■ Ingresos	4968	5174	5488	5613	5590	6262	6720	7481	6755	7144	8158
▲ Fallos	5223	5185	5258	5349	7055	5534	5837	6231	7800	7255	7702
× Pendientes	3246	3235	3465	3729	2272	3000	3883	5133	2499	2521	2945

En términos simples, mientras en 1998 los ingresos por Ministro de Corte llegaban a 236,6, en 2008 llegan a 388,5. En términos de fallos para igual período, se pasa de 248,7 a 367 por Ministro (Gráfico 2).

GRÁFICO N° 2
Evolución Ingresos, Sentencias y Pendientes por Ministro Corte Suprema 1998-2008

(Fuente: elaboración propia sobre la base de Memorias Poder Judicial)



▲ Ingresos/Ministros	236,6	246,4	261,3	267,3	266,2	298,2	320,0	356,2	321,7	340,2	388,5
× Sentencias/Ministros	248,7	246,9	250,4	254,7	336,0	263,5	278,0	296,7	371,4	345,5	367
● Pendientes/Ministro	155	154	165	178	108	143	185	244	119	120	140

Sin siquiera entrar a analizar en profundidad las causas subyacentes a este aumento de ingresos,⁵² lo anterior muestra que en la última década (1998-2008), los ingresos a la Corte registraron un explosivo aumento de 64,2%, lo que encuentra un correlato en el aumento de 46,5% en las sentencias, consecuencia natural y esperable, por lo demás, en la medida en que la Corte trata de quedar a una distancia relativamente manejable de causas pendientes, a pesar de la fuerte disminución de estas entre 2005 y 2006.⁵³

Lo anterior genera incentivos perversos evidentes y reflejan con precisión la lógica que experimenta la carga de trabajo de la Corte Suprema: la suma entre los ingresos y las causas pendientes obliga a que los Ministros fallen más causas; sin embargo, en el largo plazo esta tendencia tiene límites y podría generarse mayor congestión en el sistema. Así, tendríamos a Ministros de la Corte Suprema más preocupados de disminuir el "stock" de pendientes que en entregar una visión uniformadora del derecho mediante el análisis de aquellos conflictos jurídicos más relevantes. Puesto en otros términos, se generan incentivos para alcanzar la carga de trabajo a cualquier precio, pero ello importaría reducir la calidad de las resoluciones jurídicas.

La respuesta tradicional que se ha dado en Chile frente a este problema ha sido invariablemente la necesidad de aumentar la dotación de Ministros e inyectar más recursos, receta que por cierto es compartida por otros países en vías de desarrollo. Sin embargo, la literatura que ha debatido en torno a la eficiencia del uso de los recursos judiciales parece estar conteste en que ésta no es la solución.⁵⁴

⁵² Respecto a las causas de este progresivo y sostenido aumento en el número de ingresos, *a priori* es poco probable equivocarse al sostener que el actual diseño institucional del sistema de recursos puede tener una responsabilidad relevante: la falta de racionalidad en la utilización del sistema judicial (costos e incentivos); la falta de tasas y/o costas efectivas que operen como mecanismo de precio; la poca predictibilidad de las sentencias y por lo mismo del resultado del pleito (lo que implica que en cada nueva sentencia "mi suerte" como litigante puede cambiar), parecen ser todas buenas razones para sobreutilizar la Corte Suprema. Así las cosas, es fácil intuir que se generan incentivos para abusar del litigio como estrategia de negociación, en la medida en que su actual estructura permite dilatar, por ejemplo en materia civil, el cumplimiento de las obligaciones o bien mejorar la posición negociadora de una de las partes, favoreciéndose el abuso, lesionando los derechos y erosionándose seriamente el imperio de la ley. Ver GARCÍA y LETURIA (2006). Por otra parte, MERY (2006) analiza como posibles causas del aumento de la litigiosidad en materia civil: el desarrollo y crecimiento económico, la conciencia y democratización ciudadana, la explosión demográfica, el proceso de modernización del Estado, y el aumento en el número de abogados.

⁵³ Como se señaló en el discurso de inauguración del año judicial 2007, gran parte de la disminución de las causas pendientes en 2006 se debió a una corrección estadística (suerte de "purga") que se realizó con el stock de causas pendientes, y no sobre la base de mayores términos (los que también se producen, pero no en esta magnitud).

⁵⁴ Ver GARCÍA (2008a)

3.2 ¿Cómo enfrentar este fenómeno?

3.2.1 El objetivo de uniformar la jurisprudencia

Nuestro ordenamiento jurídico consagra ciertos institutos que persiguen el objetivo específico de uniformar la jurisprudencia, presente incluso en el propio mensaje del Código de Procedimiento Civil.⁵⁵

Ejemplos de lo anterior encontramos, en primer lugar, en materia de casación en el fondo, donde en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil se establece que: *“Interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”*.

En segundo lugar, respecto del recurso de nulidad en el contexto de la Reforma Procesal Penal, el artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal señala que: *“No obstante lo dispuesto en el inciso precedente... y respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema”*.

Más categórico es el actual artículo 483 del Código del Trabajo, en el esquema de la reciente Reforma Procesal Laboral, que establece el recurso de unificación de jurisprudencia. En el inciso segundo de dicho artículo se establece que *“Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”*.

En este contexto, una solución estructural a la actual carga de trabajo de la Corte pasa, derechamente, por racionalizar su trabajo jurisdiccional, limitándolo. Para ello se requiere de algún mecanismo de “filtro” institucional.

En este sentido, resulta curioso constatar que su equivalente americano, la Suprema Corte, reciba un nivel de ingresos anuales similares (8000 peticiones de *certiorari*). Sin embargo, a través del *writ of certiorari*, no conoce más del

⁵⁵ *“La casación en el fondo introduce en nuestra legislación una novedad reclamada por las necesidades de dar uniforme aplicación a las leyes. Se ha limitado sólo a las sentencias de las Cortes de alzada, como encargadas de dar la norma para el correcto funcionamiento de los tribunales inferiores”*.

1% de dichas peticiones (80).

¿Es posible que nuestra Corte Suprema cuente con un *certiorari* equivalente al de la Suprema Corte americana?

Para algunos, la respuesta inmediata es un no rotundo, basado en que estamos hablando de una importación o trasplante desde un sistema jurídico distinto (*common law*), argumento que parece discutible y he tratado de rebatir en otras oportunidades al comparar ambas familias legales (derecho continental y común) y analizar las potencialidades y bondades de ciertos institutos jurídicos del derecho común como solución a ciertos problemas legales chilenos.⁵⁶

Es fácil intuir que para otros, y con razón, implicaría una reforma constitucional a gran escala, y sobre todo en las mentes y cultura jurídica imperante; empezando por principios sólidamente arraigados como el de inexcusabilidad basado fundamentalmente en los artículos 76 inciso segundo de la Carta Fundamental⁵⁷ y 19 N°3 de la misma, esta última, en cuanto garantiza a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, lo que lleva implícito, como ha desarrollado el Tribunal Constitucional, el derecho a la acción.⁵⁸

No podemos olvidar que existe un interesante precedente del Tribunal Constitucional en esta materia. En sentencia Rol N° 205, de 1995, al analizar en control preventivo obligatorio el proyecto que se transformaría en la Ley N° 19.374, sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema y modificaciones a los recursos de queja y casación, publicada en febrero de 1995, el Tribunal declaró inconstitucional una modificación al Código de Procedimiento Civil que tenía por objeto establecer algo bastante similar a un *certiorari*. En efecto, el proyecto de ley permitía rechazar “*in limine*” el recurso de casación en el fondo presentado si en opinión unánime de los integrantes de la sala se daba alguna de las siguientes circunstancias: “*a. El recurso adolece de manifiesta falta de fundamento; y b. El recurso carece de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho*”.

El sentido de la letra (b) analizada era evidente y buscaba generar un mecanismo de filtro, un grado importante de selectividad para racionalizar el trabajo de la Corte. Dado que el Tribunal Constitucional consideró que “*de los antecedentes*

⁵⁶ GARCÍA (2008a) y (2008b).

⁵⁷ La norma establece: “*Reclamada su intervención en formal legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*”.

⁵⁸ Ver a modo de ejemplo, STC Rol N° 546-2006. Para algunos, se podría fundar el derecho a la acción en el derecho de petición que consagra el artículo 19 N° 14 de la Constitución, argumento que no encuentra apoyo en el TC en dicha sentencia.

más remotos de la casación de fondo la configuran como una de las máximas expresiones de la garantía del estado de derecho y la igualdad ante la ley" (c.10°), y debido a que la propuesta (letra b) "violentaba" los artículos 6°, 7°, 19 N°s 2 y 3, 73 (actual 76) y 74 (actual 77) de la Carta Fundamental, lo más cercano que hemos tenido a un *certiorari* fue declarado inconstitucional.

Por supuesto, estamos hablando de instituciones distintas. A través del *certiorari*, la Corte Suprema "elige" aquellas controversias jurídicas más relevantes que observa en un determinado año judicial. Lo que se perseguía con la reforma chilena era la posibilidad de racionalizar el trabajo en materia de casación, algo más parecido al archivo provisional con que cuenta el Ministerio Público que al *certiorari* americano.

Con todo, había una lógica en el legislador de 1995, que es importante rescatar y destacar.

3.2.2 *Certiorari* y criterios de admisibilidad

El *certiorari* es el principal medio por el cual una causa queda sujeta a la revisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los litigantes que buscan una revisión por parte de la Corte Suprema piden dicha orden, la cual, si es concedida, lleva la causa frente a la Corte quedando a su disposición. La parte que busca la revisión es conocida como *petitioner* y la contraparte en oposición es conocida como *respondent*.

Desde el punto de vista procedimental, la idea de fondo detrás de este instituto es que los 9 Ministros de la Suprema Corte conozcan los asuntos más relevantes del sistema jurídico (no sólo en temas constitucionales controversiales, como derecho a la vida o matrimonios homosexuales, sino en diversos aspectos penales, civiles, libre competencia, derechos del consumidor, etc.). Para ello, cada Ministro junto con su equipo de 3 a 4 asesores o *law clerks*, alumnos de las más prestigiosas Facultades de Derecho, revisan los ingresos de casos y propone a la Corte pronunciarse respecto de alguno. Con 4 votos de 9, la Corte conocerá del mismo.

Decidir qué es lo que debe decidirse, aunque suene redundante, es una de las funciones más importantes realizadas por la Corte Suprema americana. Dada la dificultad de acceso a la Corte, entender el cómo y el porqué una causa es seleccionada y otra rechazada es importante tanto para determinar cómo funciona la Corte, así como para saber cómo se obtiene acceso a ésta.

En Estados Unidos buena parte del debate en este ámbito ha girado en torno a la existencia de corrientes jurídico-políticas (liberales y conservadores) a lo largo de la historia de la Corte, y si han (o no) utilizado este mecanismo para fijar

agendas políticas, lo que explica, por ejemplo, que los liberales busquen casos para establecer precedentes, por ejemplo, en materias de derechos sociales, laborales o medioambientales, mientras los conservadores buscan potenciar los derechos y libertades económicas, la propiedad privada y el porte de armas. Ello explica que en un principio haya existido más interés académico por estudiar el *certiorari* (y la fijación de agenda) desde la ciencia política que por juristas, cuestión que ha cambiado en los últimos años.⁵⁹

Los Ministros han sido intencionalmente vagos a la hora de definir qué califica a una causa como meritoria de una orden de *certiorari*. La regla N° 10 del Reglamento de la Corte Suprema de los Estados Unidos se propone entregar un criterio: “Una revisión por orden de *certiorari* no es un derecho, sino que una atribución de los jueces sujeta a su discreción, y será concedida sólo cuando existan especiales e importantes razones para que así sea”.⁶⁰

Las siguientes, sin controlar ni medir completamente la discreción de la Corte, indican el carácter de las razones que serán consideradas para dar curso a dicha orden:⁶¹

- a) Una corte federal de apelaciones ha emitido una decisión en conflicto con la decisión de otra Corte federal de igual naturaleza sobre un mismo asunto de importancia, ha decidido una importante cuestión federal en conflicto con una Corte estatal de última instancia, o se ha apartado de tal manera del curso usual y aceptado de los procedimientos judiciales o ha permitido que una Corte de inferior jerarquía lo haga que hace necesario el ejercicio del poder de supervisión del Tribunal Supremo.
- b) Una Corte estatal de última instancia ha decidido una importante cuestión federal en conflicto con la decisión de otra Corte estatal de igual naturaleza

⁵⁹ Gran parte de las investigaciones en esta materia se han centrado en intentar determinar los factores que aumentan las posibilidades de selección. Los resultados en sí han sido variados, aunque al parecer existe evidencia que hace plausible pensar que las posibilidades de ser seleccionada una causa efectivamente aumentan si existe una genuina contienda de competencias entre distintas Cortes del Circuito de Apelaciones; o bien, si los Estados Unidos de América es la parte peticionaria en la causa; o si un tercero coadyuvante intercede como peticionario a nombre de otra parte (*amicus curiae*). De igual forma, se ha demostrado que el voto de un Ministro en cuanto a la selección de las causas sujetas a *certiorari* está relacionado a su posterior voto en cuanto a los méritos para revocar o afirmar la sentencia del tribunal inferior. A pesar de estos avances investigativos, aún es extremadamente difícil predecir si se otorgará o rechazará una orden de *certiorari* en un caso particular. En este sentido ver, por ejemplo, DAHL (1957), EPSTEIN y KNIGHT (1998), CLAYTON y GILLMAN (1999), SEGAL y SPAETH (2002), y SEGAL, SPAETH y BENESH (2005).

Sin embargo, académicos de Facultades de Derecho americanas se han puesto al día en esta materia, destacando los trabajos de MURPHY (2002), McCLOSKEY (2005), SUNSTEIN ET AL. (2006), ROSENBERG (1992).

⁶⁰ Ver GARCÍA (2008b).

⁶¹ HERNÁNDEZ (2008) p. 36.

- o de una Corte federal de apelaciones.
- c) Una Corte estatal o una Corte federal de apelaciones ha decidido una importante cuestión de derecho federal que no ha sido resuelta, y debería serlo, por el Tribunal Supremo federal, o ha decidido una importante cuestión federal en conflicto con decisiones relevantes del Tribunal Supremo federal.

Finalmente en este ámbito útil resulta analizar la experiencia de Puerto Rico, en la medida en que es un caso de transición interesante desde una ex colonia española que posteriormente recibió y recibe el influjo de Estados Unidos, situación que se consolida en 1952 con la aprobación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Dicha influencia también se produjo en materia jurídica.

Como sostiene el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, "Históricamente han existido distintos recursos de alzada ante el Tribunal Supremo, tanto de apelación como cuestión de derecho como recursos de naturaleza discrecional. No obstante, y a los fines de descongestionar al Tribunal y de potenciar el cumplimiento de sus funciones principales como tribunal de mayor jerarquía en la isla, su competencia discrecional se fue ampliando paulatinamente. En 1994, con el establecimiento definitivo de un Tribunal de Circuito de Apelaciones, como foro apelativo intermedio, la autoridad revisora del Tribunal Supremo se convirtió básicamente en discrecional. El recurso que la activa es el auto de *certiorari*".⁶²

Son 11 los criterios utilizados por el Tribunal Supremo de Puerto Rico al momento de decidir si expide o no un auto de *certiorari*:⁶³

1. Si la cuestión planteada es novel.
2. Si la expresión de la norma en torno a la cuestión planteada, aún cuando no sea novel, es importante para el interés público.
3. Si la norma existente debe ser redefinida o variada.
4. Si existe conflicto entre decisiones de las salas del Tribunal de Primera Instancia o entre paneles del Tribunal de Apelaciones sobre el asunto en cuestión.
5. Si la concesión del auto o la emisión de una orden de mostrar causa contribuyen de otro modo a las funciones del Tribunal Supremo de vindicar la ley y pautar el derecho del país.
6. Si el remedio y la disposición de la sentencia o resolución recurrida, a diferencia de sus fundamentos, son contrarios a derechos, tomando éste en

⁶² HERNÁNDEZ (2008) p. 32.

⁶³ HERNÁNDEZ (2008) p. 34.

- su más amplia acepción.
7. Si los hechos expuestos presentan la situación más indicada para el análisis del problema planteado.
 8. Si ha mediado prejuicio, parcialidad o error craso y manifiesto en la apreciación de la prueba por el tribunal de instancia.
 9. Si la cuestión exige una más detenida consideración a la luz de los autos, los cuales deben ser elevados, y de alegatos más elaborados.
 10. Si la etapa en que se presenta el caso es la más propicia para su consideración.
 11. Si la expedición del auto o de la orden de mostrar causa no causan fraccionamiento indebido del pleito y dilación indeseable respecto de la solución final del litigio.

Así las cosas, dotar a nuestra Corte Suprema de un elemento de “filtro” equivalente al *certiorari* americano, que se constituya en la manera de conocer solamente las controversias jurídicas más relevantes, para uniformar, por ejemplo, la jurisprudencia emanada por distintas Cortes de Apelaciones, parece una propuesta que debiera ser seriamente considerada, no sólo por sus potenciales efectos beneficiosos en materia de certeza jurídica, sino, y como hemos visto, por el mandato a la Corte de ser eminentemente una corte de casación que uniforme el derecho es un mandato del legislador.

Por supuesto, no por ello se deriva como consecuencia lógica que se requiera de un *certiorari*, pero no abrirse a revisar las bondades de este mecanismo por el sólo hecho que sea un instituto que encontramos en el derecho americano (*common law*) parece un argumento bastante débil.

La implementación del *certiorari* pasa necesariamente por una reforma constitucional, la cual, como toda reforma constitucional, es problemática desde el punto de vista político. Sin embargo, existe una esperanza, dado que en subsidio a la idea de implementar un *certiorari* a la americana, el legislador ya ha dado su aprobación a una idea que en sus efectos podría ser un equivalente interesante.

3.2.3 ¿Precedente atenuado?

De acuerdo a la legislación chilena, las sentencias judiciales sólo son aplicables al caso específico que resuelven; más allá no tienen fuerza obligatoria: el artículo 3° del Código Civil es contundente. Sin embargo, la doctrina y la propia realidad han reconocido el valor interpretativo que se deriva de las resoluciones de los tribunales, en el sentido de que una decisión judicial contribuye a esclarecer el sentido de las normas. De esta manera, al decidir sobre un caso específico, los jueces orientan a los particulares sobre la forma en que deben entenderse

y especialmente cumplirse las leyes.

Si bien la propuesta es controversial, parece interesante revisar si es posible que, al menos desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema, esta pudiera tener mayor fuerza vinculante, tanto para sí misma, como para el resto de los tribunales. Si bien, y a diferencia del *certiorari*, que puede ser una cuestión más bien instrumental, implicaría introducirse un paso más allá en la esencia del *common law*, hay buenas razones de certeza jurídica, económicas y de política pública que muestran las bondades de contar con una versión limitada del sistema de precedentes en nuestro país.⁶⁴

En palabras de Vargas, se hace imprescindible establecer un sistema jurisprudencial que asegure cierto grado de fuerza obligatoria a un espectro de las resoluciones adoptadas por las salas especializadas de la Corte Suprema y, eventualmente, de las cortes de apelaciones en su ámbito de jurisdicción. Para lograr este propósito, es necesario desarrollar en paralelo diversas iniciativas de cambio destinadas a lograr un sistema de acumulación de precedentes que funcione apropiadamente, por ejemplo, de manera escalonada, partiendo en materia penal.⁶⁵

Así, la Corte americana busca uniformar la jurisprudencia sobre la base de muy pocos casos, con un impacto equivalente a haber decidido un gran número de ellos. En efecto, un solo fallo resuelve muchas controversias simultáneas y potenciales, tanto porque sirve de precedente obligatorio, que es la lógica propia del *stare decisis* del *common law*, como por el efecto del *certiorari* y del precedente combinados: inhibir otros miles, que ya no entrarán al sistema al conocerse ex ante la regla que le será aplicada. Ello desincentiva la litigación frívola u oportunista y potencia los acuerdos entre las partes y los arbitrajes.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el que encontramos un interesante antecedente en esta área. Con ocasión de la discusión en torno al proyecto de ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional se quiso establecer, en el artículo 31, en su inciso tercero, la obligación que “toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustancialmente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta”.⁶⁶

⁶⁴ Ver GARCÍA (2008b).

⁶⁵ VARGAS (2007) p. 121.

⁶⁶ Ver ZAPATA (2008) y PEÑA (2006).

4. Otras reformas

Como señalábamos al comienzo, existe una serie de otros aspectos que a nuestro juicio deben estar presentes en futuras agendas de reforma en este ámbito. A continuación nos concentraremos en tres: nombramiento de Ministros de la Corte Suprema; Presidencia de la Corte; y la institución de los abogados integrantes.

4.1 Sistema de nombramiento: Política, competencia y transparencia

Como sabemos, en la actualidad y tras la reforma de 1997, para ser Ministro de la Corte Suprema se requiere superar tres etapas. Aunque debemos distinguir inicialmente si se trata de una posición que deba ser ocupada por alguien interno de la judicatura o un abogado "extraño", en lo sustancial el proceso político comienza,⁶⁷ en primer lugar, en formar parte de la quina que presenta la propia Corte al Presidente de la República. De ésta, el Presidente de la República escoge un nombre, el cual debe ser aprobado por los dos tercios del Senado. Antes de la reforma sólo se requería el concurso de la Corte y el Presidente. La inclusión del Senado, como en tantas otras designaciones institucionales, persigue tres grandes objetivos: legitimidad democrática; respeto a la diversidad de miradas que existen al interior del país; y, aumentar la calidad de los integrantes de una institución, haciendo mayor el escrutinio público sobre los nominados.

El actual esquema creemos que ha sido positivo respecto del primer punto. Sin embargo, se ha fallado en el segundo y en el tercero. En efecto, el quórum de dos tercios del Senado obliga a negociar a los dos grandes bloques políticos. Eso es positivo, porque ha generado equilibrio y un adecuado sistema de contrapesos entre los poderes del Estado, sin embargo, en la práctica ha generado una suerte de "cuoteo",⁶⁸ que es propio de los sistemas de nombramiento colegiados y donde existe un veto de la oposición política, dado la necesidad de contar con "supermayorías". El problema de fondo es que este sistema no necesariamente garantiza que llegarán los mejores al cargo.

La lógica de esta institución en Estados Unidos, desde donde se importó el modelo para la reforma constitucional de 1997, es acentuar el aspecto de legitimidad democrática. Pero además, salvo que se forme una mayoría suficiente

⁶⁷ Para algunos más escépticos, y con bastante razón, el proceso político comienza en el propio proceso de conformación de la quina por parte de la Corte.

⁶⁸ Es de público conocimiento que los dos principales bloques políticos van alternando en la aprobación de los candidatos de su preferencia.

(60 de 100 senadores) que logre bloquear la nominación del Presidente (cuestión que ha sucedido en muy contadas ocasiones), se asume que el Presidente debe nombrar un buen candidato y recibir los beneficios (o los costos) políticos de hacerlo. Además, el modelo ha resultado, porque desde una perspectiva de largo plazo, y gracias a la alternancia en el poder (Ejecutivo y Legislativo) entre Republicanos y Demócratas, se ha logrado un sano equilibrio entre las tendencias al interior del Tribunal.

Si queremos que la política siga encima de la mesa, tenemos que al menos generar condiciones de competencia y transparencia, para que los costos políticos ante malas designaciones sean evidentes.

Una primera medida en la materia es sacar del proceso a la Corte Suprema. Creemos que el actual involucramiento ha tendido a politizarla y ser objeto de un "lobby" indebido que genera mucho más perjuicio que beneficios.

En segundo lugar, es fundamental que los 21 cargos sean abiertos a la competencia externa. Actualmente esto sucede sólo respecto de cinco de ellos. En efecto, si un juez tiene la conciencia que el puesto superior puede ser ocupado por otro individuo que exhiba mérito suficiente, ello constituirá un incentivo, no sólo para mejorar su desempeño, sino que para enmarcarse dentro de un comportamiento más acorde con el estándar esperado. Asimismo, cualquier abogado de la plaza o académico, con trayectoria destacada, puede aspirar a postular a ser Ministro. La competencia operaría como un valioso mecanismo de selección de los mejores.

En tercer lugar, se hace urgente perfeccionar la transparencia del sistema de nombramiento. Es necesario que exista total publicidad respecto de las votaciones para la conformación de las quinas que se le presentan al Presidente por parte de la propia Corte, en sesiones que debieran ser públicas; como asimismo mejorar el proceso de examinación que realiza el Senado.

En Estados Unidos, por ejemplo, este proceso de examinación, los *hearings*, se hacen sobre la base de un *dossier* público muy completo, que incluye diversos aspectos cuantitativos y cualitativos de la labor desempeñada por el nominado; en sesiones que son televisadas. El contrapunto con el esquema chileno es evidente, incluso en aspectos básicos: mientras los *hearings* son citados con gran anterioridad, lo que entre otras cuestiones potencia la idea de examinación pública y el rol de los medios de comunicación en realizar una verdadera "radiografía" al nominado, en Chile hemos tenido casos en que el Ejecutivo ha nominado un candidato a la Corte Suprema que durante el mismo día se presenta ante el Senado para su ratificación.

4.2 Presidencia de la Corte Suprema

En esta materia seguimos a Vargas, quien ha propuesto reforzar la “representación política” del Poder Judicial –a nuestro juicio representación institucional pudiera ser más adecuado–, por la vía de fortalecer la figura del Presidente de la Corte Suprema.

Como ya se ha dicho, las entidades colegiadas –adecuadas para la toma de decisiones jurisdiccionales– son una alternativa muy poco eficaz a la hora de tener que adoptar decisiones de conducción y ejercer liderazgo: “Con la propuesta se evita la situación actual en que, por lo general, los presidentes son tan solo un *Primus inter pares* con escaso poder real, totalmente dependientes de la voluntad del pleno de Ministros, lo que además le resta poder negociador al Poder Judicial, pues nunca se sabe quién lo representa, si esa representación es realmente confiable y si lo acordado se va a mantener luego de ser revisado por el pleno. La existencia de un Presidente con poder real dotaría a la Corte Suprema de una capacidad de liderazgo y conducción de la que hoy carece, salvo cuando por circunstancias personales determinados Presidentes en los hechos han adquirido estas facultades que nosotros sugerimos institucionalizar”.⁶⁹

La propuesta supone, por un lado, un sistema transparente y competitivo para la designación del Presidente de la Corte; y, por el otro, que la duración de su mandato se extienda a un periodo suficientemente largo como para generar los expertizajes y relaciones necesarios, proponiéndose 4 años como prudente.

Si bien compartimos el primer supuesto en términos generales, será en el detalle de la propuesta en torno al mecanismo de selección lo que dará sentido o no a la propuesta.

Respecto del segundo supuesto, si bien cualquier número parece, al menos

⁶⁹ VARGAS (2007) p. 115.

⁷⁰ Podría no serlo en la medida que exista evidencia empírica. Para algunos pudiera parecer extraño, pero existe un debate tremendamente interesante en Estados Unidos, que ha sido liderado en buena parte por el Premio Nobel de Economía Gary Becker, en el sentido de que sería deseable limitar la duración del cargo de Ministro de la Suprema Corte americana a un periodo “óptimo” cercano al rango 14-16 años, y con ello terminar con la designación de por vida (*life tenure*), que existe en la Constitución desde sus inicios en 1787. Este debate se ha basado fuertemente en discusiones empíricas (que consideran aspectos tales como ingresos, expectativas de vida, pensiones, entre otros) respecto de cuánto sería el óptimo del periodo de duración en el cargo. Ver BECKER (1996). Además estos diseños son complejos dado que, según el análisis económico del derecho, la función de utilidad de los jueces involucra, entre otros factores: ingresos, prestigio, poder, influencia en la cultura jurídica, entre otros, etc. Ver POSNER (1993).

en principio, arbitrario,⁷⁰ podría pensarse en un periodo sustancialmente más largo, incluida la posibilidad de nombrar a un Ministro-Presidente hasta el final de su periodo de 75 años.

4.3 Abogados integrantes

Aunque exista un compromiso político de erradicarla, que data de hace más de una década fruto de las negociaciones de la reforma constitucional de 1997 (Ley N° 19.541), la institución de los abogados integrantes sigue existiendo.

Si bien ha sido ocupado el cargo por grandes juristas; los potenciales conflictos de interés, un sistema de designación poco transparente, la posibilidad de litigar ante los tribunales que integran; entre otros; implican que estamos ante una institución que no pasa estándares mínimos de independencia judicial, rendición de cuentas o transparencia.

Además, y como sostiene entre nosotros Rodríguez, estamos frente a una institución –la existencia de abogados integrantes en la Corte Suprema– derechamente inconstitucional, a diferencia de lo que ocurre en las Cortes de Apelaciones, donde puede ser objeto de regulación del legislador orgánico constitucional, como sucede en la actualidad.

Como en el análisis de cualquier política pública, podemos discutir acerca de primeros y segundos óptimos (o mejores) en este ámbito. Sin embargo, el primer óptimo es evidente y consiste en erradicar definitivamente esta institución de nuestro ordenamiento jurídico, propuesta que ha sido planteada con fuerza por Rodríguez,⁷¹ lo cual además podría ser un efecto necesario de la introducción del *certiorari*, dado que necesitaríamos una Corte menor en tamaño, y como hemos propuesto, de no más de 9 ministros. Pero aun así, nos quedarían los abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones.

5. Conclusiones

1. Si bien Chile se ha concentrado en los últimos años en impulsar una serie de reformas a las jurisdicciones de primera instancia con bastante éxito en algunos casos (penal) y en otros menos (penal adolescente, laboral y familia); la reforma a la Corte Suprema y a las cuestiones de gobierno judicial parece un imperativo evidente y del cual el país y sus autoridades se deben

⁷¹ RODRÍGUEZ (2009). Junto con la eliminación, Rodríguez propone en subsidio, y frente a la realidad de los hechos, una serie de alternativas y soluciones intermedias y factibles, que deben ser analizadas con detención.

- hacer cargo con prontitud.
2. El presente artículo ha propuesto como desafío pensar un Chile que en la próxima década cuente con una Corte Suprema de 7 o 9 Ministros (dependiendo de la profundidad del *certiorari* que se quiere implementar), elegidos todos en concurso público de antecedentes por el Presidente de la Republica con la aprobación de dos tercios del Senado, después de un proceso profundo de examinación, que conozca a través de un mecanismo de *certiorari* no más de 80 casos al año, y sus fallos tengan un grado de fuerza obligatoria.
 3. Para lograr lo anterior se ha pensado modificar el actual esquema de gobierno judicial que está concentrado en la Corte Suprema como decisor final en las más variadas cuestiones, racionalizando el rol de esta última.
 4. Entre las modificaciones propuestas se encuentra, en primer lugar, establecer una Comisión equivalente a la Conferencia judicial americana para definir las políticas macro de administración judicial; establecer una Gerencia judicial, nueva o sobre la base de la Corporación Administrativa de la judicatura para aplicar las políticas dictadas por la Conferencia.
 5. En segundo lugar, en materia de evaluación de los jueces y funcionarios judiciales, se propone generar instrumentos objetivos de medición de desempeño, fijados por la Comisión y cuyo seguimiento queda en manos de la Gerencia judicial. Se establece la importancia de establecer bonos por desempeño, tanto colectivos como individuales, como asimismo desvincular las remuneraciones y estatus protocolar de los jueces con el actual escalafón judicial. Ello implica reformular lo que entendemos hoy por "carrera judicial".
 6. En tercer lugar, en materia disciplinaria se debe avanzar en la confección de un Código de Ética Judicial. El proyecto de ley del Ejecutivo en materia de reforzar el Ministerio Público Judicial, el sistema de quejas y reclamos contra los funcionarios judiciales y en general garantizar el debido proceso en materia disciplinaria proveen el marco institucional sobre el cual empezar a pensar la institucionalidad que analizará estas cuestiones.
 7. Junto con lo anterior parece necesario avanzar en generar una mayor autonomía financiera para la judicatura.
 8. Desde la perspectiva jurisdiccional, y tras haber analizado la evidencia empírica en materia de carga de trabajo de la Corte y considerar que no puede actuar realmente como una corte de casación, se propone estudiar la institución del *certiorari* para entregarle discrecionalidad a la Corte para

- conocer sólo las controversias jurídicas más relevantes.
9. Junto con lo anterior, se propone que la jurisprudencia de la Corte Suprema, al menos en algunas áreas y de manera gradual, tenga mayor fuerza vinculante, acercándose, aunque en una versión atenuada, a tener la fuerza del precedente.
 10. Finalmente, se analizan otros ámbitos que deben ser considerados en esta materia y que dicen relación con el proceso de nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema, donde al evaluar el rol de la política, se sostiene que la única manera de garantizar que lleguen los mejores candidatos pasa por aumentar los grados de competencia y transparencia en el mismo. Asimismo, se propone la necesidad de fortalecer la Presidencia de la Corte. Finalmente, se cuestiona la existencia de los abogados integrantes, institución que se acordó eliminar hace más de una década y sigue presente en nuestro ordenamiento jurídico.
 11. Como se sostuvo al final de la introducción, nos parece que quedan varias cuestiones en el tintero, que esperamos abordar en el futuro. Ejemplos de ello: si se implementa el *certiorari*, ¿qué otras materias debiera seguir conociendo la Corte Suprema? ¿Seguirá la Corte conociendo en segunda instancia de los recursos de protección, de los recursos de nulidad y revisión? ¿o nuestro *certiorari* operará más bien como mecanismo de filtro en materia de casación, tal como se pensó en 1995? En cualquier evento, ello implica repensar la jurisdicción contenciosa administrativa, y en general, el rol de las Cortes de Apelaciones, para que ellas sean en *todos* los casos tribunal de segunda instancia. Por otro lado, si creemos que es necesario que la jurisprudencia de la Corte Suprema tenga mayor fuerza vinculante, entonces ¿qué relación tendrá con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? El problema de comunicación entre ambas jurisdicciones ya es complejo, por lo que esta cuestión nos parece central resolver.

Bibliografía

ATRIA, Fernando LEMAITRE (2005): "Proceso Civil", en *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, Vol. 2: pp. 249-353.

BECKER, Gary, y NASHAT, Guity (1997): *The Economics of Life* (McGraw Hill).

BREYER, Stephen (2008): "Razonamiento Económico y Revisión Judicial", en *Revista de Estudios Públicos* (CEP) N° 109. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4118.html

CLAYTON, Cornell, y GILLMAN, Howard (1999): *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches* (Chicago, The University of Chicago Press).

CORDERO VEGA, Luis (2007): "Poder judicial, presupuestos por resultados y evaluación de desempeño", en GARCÍA, José Francisco; LETURIA, Francisco Javier, y OSORIO JOHANNSEN, Claudio (ed.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión* (Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez) pp. 291-305.

DAHL, Robert (1957): "Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy-Maker", en *Journal of Public Law*, Vol 6: p. 279.

EPSTEIN, Lee, y KNIGHT, Jack (1998): *The Choices Justices Make* (Washington, CQ Press).

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2008a): "La Justicia Civil chilena ante la Reforma: Prevenciones y Lecciones desde la Evidencia Internacional", en *Revista de Derecho de la Empresa* (U. Adolfo Ibáñez), Vol. 14: pp. 77-102.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2008b): "Repensando el rol de la Corte Suprema en nuestro ordenamiento jurídico", en *Sistemas Judiciales* (CEJA) N° 13: pp. 6-16

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y LETURIA INFANTE Francisco Javier (2006): "Justicia Civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma", en *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica), Vol. 33, N° 2: pp. 345-384.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y MANCUSI-UNGARO, Mariana (2007): "Diseño institucional de la Judicatura y Gobierno judicial: lecciones para Chile desde el Derecho Comparado", en GARCÍA GARCÍA, José Francisco; LETURIA INFANTE, Francisco Javier, y OSORIO JOHANNSEN, Claudio (ed.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión* (Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez) pp. 75-120.

GAROUPA, Nino, y GINSBURG, Tom (2007): "Gobierno Judicial y Consejos Judiciales: una Mirada desde el Derecho Comparado", en GARCÍA GARCÍA, José Francisco; LETURIA INFANTE, Francisco Javier, y OSORIO JOHANNSEN, Claudio (ed.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión* (Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez) pp. 41-73.

GOMEZ BERNALES, Gaston (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Santiago, Universidad Diego Portales).

HAMMERGREN, Linn (2005): "Apuntes para avanzar en el debate sobre cómo mejorar el gobierno judicial", en *Sistemas Judiciales* (CEJA) N° 10: pp. 14-21.

McCLOSKEY, Robert (2005): *The American Supreme Court* (4ª edición, Chicago, The University of Chicago Press).

MERY NIETO, Rafael (2006): "Una aproximación teórica y empírica a la litigación en Chile", en GARCÍA GARCÍA, José Francisco; LETURIA INFANTE, Francisco Javier, y SILVA PRADO, José Pedro (ed.), *Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente* (1ª edición, Santiago, Libertad y Desarrollo, y Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 83-135.

MURPHY, Walter, PRITCHETT, Herman, y EPSTEIN, Lee (2002): *Courts, Judges and Politics: An introduction to the judicial process* (5ª edición, New York, McGraw Hill).

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2007): "Notas sobre el rol de la Corte Suprema en Chile", en COUSO SALAS, Javier, y ATRIA LEMAITRE, Fernando (ed.), *La Judicatura como organización* (Expansiva) pp. 143-159.

OLSON, Mancur (1992): *La Lógica de la Acción Colectiva: Bienes Públicos y la Teoría de Grupos* (1ª edición, México, Editorial Limusa).

PASTOR PRIETO, Santos, y MASPONS VINCHI, Liliana (2004): *Manual Cifrar y Descifrar*. Vol. II. (Santiago, CEJA)

PEÑA TORRES, Marisol (2006): "El Precedente Constitucional Emanado del tribunal Constitucional y su Impacto en la Función Legislativa", en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 1: pp. 173-184.

POSNER, Richard A. (1993): "What do Judges Maximize (The same thing everybody else does)", en *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3: pp. 1-41.

POSNER, Richard A. (2005): "Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach", en *Florida State University Law Review*, N° 32: pp. 1259-1278.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2009): "Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Vol. 20 (en prensa)

ROSENBERG, Gerald (1991): *The Hollow Pope: Can courts bring about social change?* (Chicago, The University of Chicago Press).

SEGAL, Jeffrey, y SPAETH, Harold (2002): *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge, Harvard University Press).

SEGAL, Jeffrey, SPAETH, Harold, y BENESH, Sara (2005): *The Supreme Court in the American Legal System* (1ª edición, Cambridge University Press).

SUNSTEIN, Cass, SCHKADE, David et al.(2006): *Are Judges Political?: An empirical analysis of the Federal Judiciary* (Washington, Brookings Institution Press).

TARR, Alan (2006): *Judicial Process and Judicial Policymaking* (4ª edición, Thomson

Wadsworth)

VALDIVIA RIVAS, Claudio (2007): "Medición de desempeño en un sistema de justicia: evaluación según el modelo de balance *scorecard*", en GARCÍA GARCÍA, José Francisco; LETURIA INFANTE, Francisco Javier, y OSORIO JOHANNSEN, Claudio (ed.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión* (Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez) pp. 307-320.

VARGAS VIVANCO, Juan Enrique (2005): "Gobierno Judicial: la organización y el rol de las cortes supremas", en *Sistemas Judiciales* (CEJA) N° 10: pp. 4-10.

VARGAS VIVANCO, Juan Enrique (2007): "Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces", en COUSO SALAS, Javier, y ATRIA LEMAITRE, Fernando (ed.), *La Judicatura como organización* (Expansiva) pp. 97-124.

VIAL CLARO, Felipe, y CORREA AMUNÁTEGUI, Juan Ignacio (1991): "Informe final sobre reformas al sistema judicial chileno", en *Revista de Estudios Públicos* (CEP) N° 41. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1310.html.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NORMAS

Ley N° 19.531, Norma que reajusta e incrementa las remuneraciones del Poder Judicial; modifica el Decreto Ley N° 3.058, de 1979; crea el Departamento de Recursos Humanos en la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y modifica el Código Orgánico de Tribunales, Diario Oficial, 07 de noviembre de 1997.

Ley N° 20.224, Modifica la Ley N° 19.531, y concede beneficios que indica al personal del Poder Judicial, de la Accademia Judicial y de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Diario Oficial, 13 de octubre de 2007.

OTROS DOCUMENTOS

MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT (2004). Disponible en: <http://www.abanet.org/cpr/mcjc/toc.html> (American Bar Association).

VIAL ÁLAMOS, Jorge (2008): "Las ventajas de evaluar a los jueces" [18 de junio de 2008] Disponible en: <http://blog.latercera.cl>

Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal

Raúl Tavolari Oliveros

Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal

Desarrollo

Concluyendo el siglo XX, Chile ha establecido un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que –causando admiración en América– vino a reemplazar a otro, posiblemente el más antiguo del mundo de habla castellana, no por su vigencia a lo largo de toda la centuria, sino por el modo inadecuado de estructurar el proceso penal.

El reemplazo, facilitado por amplios consensos políticos, generados con el retorno del país a la vida democrática, importó verificar no sólo reformas constitucionales que modificaron la institucionalidad pública de la nación; no sólo la inversión de cuantiosos recursos patrimoniales, empleados en la construcción de edificios modernos a lo largo de todo el país, con un costo de más de 327 millones de dólares de los Estados Unidos de América, lo que representa casi la mitad de la asignación total de recursos, que llegó a los 620 millones de dólares, sino, por sobre todo, un profundo cambio cultural, traducido en una visión diferente del conflicto penal.

Me parece que se trata de la reforma legal más importante en la historia institucional del país, desde que, como espero demostrar, ha irradiado su influencia, prácticamente sobre todo el derecho nacional.

A riesgo de incurrir en un lugar común, de lo que se ha tratado es de la sustitución de un régimen inimaginablemente inquisitorial, por otro, acusatorio y que, por momentos, linda directamente en lo adversarial.

A este resultado –el cambio de los estándares culturales–, por supuesto, no se ha terminado de llegar: es una lenta marcha, que supone vencer prejuicios, modos, concepciones ancestrales, desconfianzas y, también, ignorancias. Es que se han puesto en destacado primer lugar nociones que nunca han debido

preferirse: así, realzando la noción de la dignidad de las personas y su derecho a un trato equitativo, que refleje la efectiva preeminencia de una presunción o estado de inocencia, se pergeñó un esquema de investigación objetivo y racional –cumpliéndose un mandato constitucional– sometido a un severo control judicial y encaminado a garantizar los derechos de los imputados o investigados.

Para alcanzar estos logros, ha sido determinante la circunstancia de conferirse al Ministerio Público, titular de las investigaciones, un respaldo constitucional que le asegure total autonomía en su desempeño.¹

A su turno, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público enfatizará la idea de la objetividad del proceder, sosteniendo que *“en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúan...”* (art. 3º Ley 19.640)

Así, se generó un órgano de persecución penal, integrado por abogados, en general, jóvenes –lo que constituye un atributo casi generalizado de los operadores del nuevo régimen, tanto fiscales, como jueces y defensores–, quienes han recibido intensa capacitación no solo litigiosa, sino, especialmente, de técnicas de investigación,² para conformar un cuerpo que ejerce una provechosa dirección sobre las policías, a la hora de investigar los delitos.³

¹ El artículo 83 establece que *“...Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.*

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal. El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso

² En agosto del año 2000, cuatro meses antes de que el nuevo sistema comenzara a regir, agentes del FBI norteamericano efectuaron intensas jornadas de capacitación a los fiscales y a la propia policía, compartiendo las más modernas técnicas de investigación, actividades que, unidas a las visitas de fiscales a distintos países europeos, han conformado un fuerte respaldo de conocimientos, técnicas y destrezas. Sólo que ¿cuántos de aquellos fiscales permanecen aún en el M.P.?

³ Más de 3.500 funcionarios y un procedimiento anual de 160 millones de dólares de los EE.UU. representan la situación actual del Ministerio Público, dirigido por un Fiscal Nacional y conformado por 16 Fiscales Regionales, y más de 647 fiscales adjuntos, a los que se ha agregado una importante dotación de abogados asistentes.

De cara a esa realidad, resultaba imperioso establecer un régimen jurisdiccional que cautelara los derechos de las personas, evitando los excesos policiales e investigadores. Es en esta idea que se incorporó a la Carta Política la norma transcrita al pie,⁴ que establece que las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.

Ésta constituye la delicada función de los jueces de garantía,⁵ a los que algunos atribuimos, a los inicios del nuevo proceso, un trascendente rol, que los tiempos han confirmado⁶ y que les ha colocado en la primera línea de la exposición pública: es efectivo que, a los comienzos, se pensaba que la importancia del papel del juez vendría determinada por su actitud ante las autorizaciones para practicar diligencias que le sometieran los fiscales, sin embargo, en los hechos, la cuestión se ha generado por el modo como estos jueces han resuelto la imposición de medidas cautelares personales, especialmente la prisión preventiva.⁷

La tarea jurisdiccional fundamental, empero, sigue estando constituida, como es de esperar, por el juzgamiento de los hechos, rol que exige la concurrencia, en toda su intensidad, de ese atributo identificador de la actividad jurisdiccional que es la imparcialidad: en afán de preservarla, el ordenamiento chileno entrega el conocimiento y juzgamiento de los hechos imputados a un tribunal colegiado, integrado por tres jueces letrados, de carrera, que no habrán tenido

⁴ En el esquema inicial del sistema, los fiscales del Ministerio Público estaban autorizados para disponer la práctica de actividades urgentes que afectaran los derechos constitucionales, pero tenían el deber de recabar, dentro de 48 horas, la aprobación judicial. Cuando la reforma constitucional que introducía al Ministerio Público en el ordenamiento constitucional se discutió en el Senado, había tal inquietud ante lo que este órgano autónomo pudiere llegar a representar en el futuro, que se optó por establecer la fórmula actual, con arreglo a la cual, ni aun a pretexto de circunstancias urgentes o extraordinarias, se pueden afectar las garantías constitucionales sin una previa autorización judicial. En rigor, se habla entonces de "autorización" y no de "aprobación", como se pensó a los comienzos.

⁵ Primitivamente se asignó a estos jueces la denominación de "jueces de control de la instrucción", pero en atención a que muchos, añorando a los jueces instructores, entendieron que su rol ("controlar") consistía en determinar si la instrucción se llevaba adecuadamente a cabo o no, se optó por cambiar al nombre actual, buscando claridad y evitando confusiones.

⁶ El art. 14 del Código Orgánico de Tribunales establece que corresponde, entre otras funciones, a los jueces de garantía "asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal".

⁷ El tema es extremadamente complejo y exige una aproximación desideologizada: las sociedades contemporáneas, complejas, múltiples e informadas, sometidas además al recurrente flagelo de las drogas, producen formas y niveles delictivos antes desconocidos y que, comprensiblemente, escandalizan a los ciudadanos. Nadie puede sentirse contento de que el imputado de un hecho, socialmente reprochable, salga en libertad tras su presentación al juez. De allí, empero, a hacer de la expresión "puerta giratoria" un lugar común, existe un mundo. Es sabido que la tasa de personas privadas de libertad por habitantes en Chile es una de las más altas del mundo (!) y que nuestras cárceles ya no tienen lugar para recibir presos ¿cómo hablar de puerta giratoria? Sin embargo, se entiende que, aunque sea injusto, el ciudadano de a pie no conozca estas realidades y abrumado por los medios, descargue su enojo contra los jueces aunque el proceso penal tiene el menor de los roles en cualquier combate a la delincuencia...

conocimiento o contacto alguno con los antecedentes que se someten a su decisión y a los que no se otorga iniciativa probatoria alguna.⁸

La tríada de protagonistas de un proceso penal no queda completa sin la referencia al defensor: Por Ley 19.718, del año 2001, se creó la Defensoría Penal Pública, como "...un servicio dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia..."⁹ que tiene por finalidad "...proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado..."(art. 2°).

Este servicio ha cumplido una tarea formidable, bajo el sugerente slogan de "no hay Justicia sin Defensa", enfatizando el declarado afán de la ley de que en una sociedad democrática se requiere que las sentencias penales estén legitimadas y que sólo lo están cuando el acusado, con prescindencia de su situación patrimonial, ha contado con una defensa efectiva ante el tribunal que lo juzgará. De allí que el principio consista en proclamar que no interesa si la persona carece de recursos, lo que interesa, en cambio, es determinar si la persona carece de abogado, porque en este evento se le proveerá de un defensor.

En consecuencia, la actividad a que da origen la denuncia de un delito supone que un fiscal del Ministerio Pública comenzará una investigación, dirigiendo al efecto a la policía, y, al propio tiempo, a la persona a quien se atribuye responsabilidad en los hechos se le reconoce el derecho a ser defendida por un letrado, desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, como a formular los planteamientos que considere oportunos y a intervenir en todas la actuaciones judiciales (art. 8° C. Procesal Penal). El juez de garantía autorizará, si procede, que en esta investigación se afecten o perturben garantías constitucionales del imputado o de terceros.

⁸ En general, compete a los tribunales de juicio oral en lo penal –art. 18 del mismo Código citado– conocer y juzgar los crímenes y simples delitos, esto es, no las faltas y, en esencia, tampoco algunos simples delitos sancionados con las penas menores de la escala. El art. 488 del Código Procesal Penal dispone que el procedimiento simplificado –que es conocido y fallado por el juez de garantía– se aplicará, además, respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

⁹ Se ha presentado al Congreso Nacional, en septiembre el año 2006, un Proyecto de reforma a la Constitución Política que persigue colocar a la Defensoría Penal Pública en un plano de igualdad institucional con el Ministerio Público y que persigue introducir un artículo que proclame que "...existirá una Defensoría Penal Pública, autónoma y con personalidad jurídica, encargada de proporcionar defensa penal a los imputados o acusados que carezcan de abogado, en la forma prevista por la ley. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y atribuciones".

En general, existe entre los operadores la sensación de que el sistema ha superado las expectativas: esto importa que las audiencias se verifican; los juicios son efectivamente orales; ninguna audiencia se ha verificado sin la presencia del defensor; policías y fiscales se coordinan cada vez mejor y aquéllas superan sus desconfianzas iniciales en éstos, etc.

Parte del éxito es preciso atribuirlo a una fórmula muy simple: se introdujo una disposición transitoria en la Constitución Política, que permitió establecer un régimen de aplicación gradual de la reforma: así, el 16 de diciembre de 2000, el Código Procesal Penal y las instituciones que permitían poner en vigencia sus disposiciones comenzaron a regir en dos regiones y, como se sabe, a partir de entonces se vinieron sumando, anualmente, regiones hasta que, a la medianoche del 16 de junio de 2005, el sistema comenzó a operar en la Región Metropolitana, en la que vive cerca del 40% de la población.

Este régimen gradual, no habitual en nuestro continente, se constituyó, entonces, en una de las más felices decisiones del proceso reformador, porque permitió corregir modalidades hábitos e, incluso, algunas disposiciones legales: de otro punto de vista representó un verdadero laboratorio en el que se fueron forjando los operadores que, más tarde, se irían a las zonas de mayor y más compleja actividad delictual.

La situación alentadora se traduce, principalmente, en los tiempos: ese derecho al enjuiciamiento “en plazo razonable” que garantizan los pactos aparece ahora con verdadero sentido: repárese en que el promedio de duración de los procesos penales, desde que aconteció el hecho hasta que se puso fin al conflicto, después de los años de vigencia en todo el país del sistema, es de 93 días.¹⁰

¹⁰ Estadísticas tomadas de la cuenta 2009 del Fiscal Nacional:

Durante el año 2008, el Ministerio Público registró un ingreso de 1.213.797 causas, lo que es un incremento del 12,5% en relación al año 2007, y se dio término a la tramitación de 1.309.332 investigaciones (8% más de casos terminados respecto a los ingresos del período). Desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana el año 2005, hasta el 31 de diciembre de 2008, la Fiscalía ha terminado un total de 4.662.491 causas, lo que representa un 95% respecto del total de ingresos del país.

En cuanto a los términos, en un 60,7% se aplicó una salida facultativa, mientras que a un 39,3% del total de los ingresos se les aplicó una salida judicial. Las salidas facultativas disminuyeron durante el 2008 en un 3,7%, y el uso del “archivo provisional” bajó en un 2,6% en relación al año 2007.

Salidas judiciales: durante el 2008 se logró un 14,2 % de “sentencias definitivas condenatorias” respecto del total de términos judicializados.

Tiempo promedio de tramitación de causas. Durante 2008 el tiempo promedio de tramitación fue de 93 días, lo que representa una mejora respecto de los 97 días promedio del año anterior.

Juicios orales y sentencias. Durante el año 2008, se realizaron 7.002 juicios orales, lo que significó un aumento del 15,1% respecto del año 2007 con un 88,7% de sentencias condenatorias.

LA INFLUENCIA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN EL DERECHO CHILENO

Me parece que la notable influencia de la reforma procesal penal entre nosotros ha de analizarse desde dos perspectivas: a) una, referida al derecho nacional en general, y b) otra, limitada a los ámbitos procedimentales.

La moderna concepción del orden público recogida en la reforma

La relevancia de la Reforma Procesal Penal en el derecho nacional es tal que ha remecido cimientos jurídico-institucionales, como la noción del orden público, tan reiteradamente esgrimida entre nosotros.

Sabemos que la circunstancia de constituir el concepto de "orden público" uno jurídico indeterminado, como el de las "buenas costumbres", sin embargo, impone al intérprete estar atento a la permanente modificación de los contenidos, conforme lo imponen los hábitos, las consideraciones sociales, morales, políticas, de dogmática jurídica, etc., predominantes en la sociedad, en el momento del análisis.

Así como nadie duda hoy que nuestras "buenas costumbres" horrorizarían a un jurista de la década de los 30 del siglo pasado, también el alcance del "orden público" en su aplicación a las leyes y normas, ha variado sustancialmente. Es que, en materia procesal, era reiterativo el argumento de que las leyes procesales son de orden público o afirmaciones semejantes, criterio que, por lo que vengo señalando, no puede ya sustentarse.

Típicos ejemplos de lo que afirmo lo constituyen las sentencias del siglo XX que, sin la menor vacilación, sostenían que "...La infracción de una ley penal envuelve siempre un acto contrario al orden público y las buenas costumbres" (Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre de 1941)¹¹ o sin mucha reflexión proclamaban que "...las leyes de procedimiento son de orden público y, por tanto, irrenunciables" (Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de noviembre de 1962).¹²

El cambio es hoy por hoy radical, en derecho positivo y en opinión de los intérpretes: Lo demuestra, entre otras, la circunstancia de que una norma de procedimiento tan relevante como la que exige el emplazamiento de las partes al juicio –y que, por aplicación del fallo citado de la Corte de Temuco,

¹¹ R. D. J. Tomo XXXIX. Sección 2ª, pág. 27

¹² R. D. J. Tomo LIX. Sección 4ª, pág. 236.

integraría el orden público y sería irrenunciable— se renuncia, sin embargo, todos los días y cada vez que, sin reclamar de la falta de la debida notificación, el demandado contesta la demanda, opone excepciones o se defiende como mejor le parece.

Adicionalmente, ¿cómo olvidar que el artículo 395 inc. 1° del Código Procesal Penal permite al fiscal modificar la pena ya requerida, para ajustarse a una norma de procedimiento diferente de la que regía la tramitación? o ¿cómo dejar de recordar que los artículos 405, 406 y siguientes de ese Código hacen depender la vigencia del procedimiento abreviado del acuerdo de las partes, al grado que el artículo 409 le impone al juez consultar con el imputado si ha prestado su conformidad libre y voluntariamente?

En el sentido de la presunta condición de normas de orden público, que tan superficial como convencidamente se confería a las leyes del procedimiento, viene bien, por último, recordar que la posibilidad de convalidar las actuaciones realizadas, con infracción a tales leyes —y que se recoge en todos los actuales cuerpos procesales— deja entregada a la libre voluntad del litigante, la validez de la actuación... con lo que, perdida, definitivamente, la idea de la “irrenunciabilidad” que acompaña a las disposiciones de orden público, queda demostrado que éstas, las procesales, a lo menos, **o no lo son** o, finalmente, que en la actualidad, **en materia de orden público, el tema de la disponibilidad de las normas por las personas, entiéndase de cara a su renunciabilidad, presenta hoy características diferentes a las tradicionales...**

En la misma línea y dada la contundencia con la que se proclama que las normas penales son de orden público, cabría recordar —para poner en tela de juicio la afirmación— cómo es hoy posible y aceptado que el mero acuerdo de la víctima y el imputado —acuerdo reparatorio mediante— elimine las consecuencias sancionatorias penales de un ilícito de esta naturaleza.

Es extremadamente importante reparar en que la concepción del orden público no sólo viene variando, como anticipé, en función de los cambios sociales, culturales, morales, etc., sino, adicional e inadvertidamente, en cuanto al significado mismo de la expresión. Así, por ejemplo, cuando la Constitución y la ley le confían al Ministerio Público la trascendente tarea —de orden público— no sólo de dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, sino, especialmente, la de proteger a las víctimas, la ley —el Código Procesal Penal— se limita a declarar que “será deber de los fiscales durante todo el procedimiento **adoptar medidas** o solicitarlas en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos...”.

Del genérico enunciado precedente resulta claro que la ley no señala cuáles son las medidas que el fiscal debe tomar para cuidar de la víctima, porque el

sentido de la norma es confiar en su criterio para determinar, caso a caso, cuáles son las que, efectivamente, cumplen la finalidad protectora. La importancia de esta conclusión radica en que ella permite comprobar cómo **la circunstancia de situarnos en el ámbito del orden público no excluye, sino por el contrario, en muchos casos, exige la discrecionalidad funcionaria...**¹³

Orden público y justicia consensuada (La Disponibilidad de la Justicia Criminal)¹⁴

Nada más gráfico, para ilustrar las nuevas tendencias en ámbitos del orden público, que la modalidad de justicia consensuada que hoy el derecho comparado reconoce, prácticamente, sin excepciones.

Una responsabilidad fundamental del legislador es recoger la realidad cotidiana, sabido –como es– que el derecho va a la zaga de la vida habitual de los ciudadanos. Pues bien, más allá de lo que la teoría pura proclame o haya proclamado, la experiencia permanente de los operadores jurídicos revela que una importante cantidad de delitos encuentra solución en formas autocompositivas que, en definitiva, se traducen en el desembolso de dinero.¹⁵

En delitos de carácter patrimonial, era común encontrar, bajo el imperio del antiguo Código de Procedimiento Penal, que el ardoroso querellante de ayer, aparecía hoy, sorprendentemente, convencido de no haber sido víctima de un delito, sino de una explicable equivocación, que un mejor estudio de los antecedentes le había demostrado. Frente a manifestaciones de ese tipo, los jueces se apresuraban a sobreeser las causas, lo que conducía a su archivo y olvido.

Todos sabíamos, sin embargo, que tanto el querellante como el juez estaban convencidos de que no había existido tal equivocación y que había mediado el pago de alguna suma de dinero, para provocar el cambio de actitud del perjudicado.

Por las motivaciones que anteceden, entre otras, es ya común encontrar en las legislaciones, como acontece con el nuevo Código nacional, que se

¹³ Esta conclusión pone en entredicho la presunta “regla de oro” del derecho público que algunos de sus cultores repiten casi sin meditar.

¹⁴ Cfr mi *El Proceso en Acción*. Edit. Libromar Ltda. Valpo. 2000, págs 557 y sgts.

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 39 del viejo Código de Procedimiento Penal de Colombia, de 1992, proclama que “en los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurriera alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los arts. 330 y 342 del C.P. y en los procesos por delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda los doscientos salarios mínimos legales mensuales, excepto el hurto y la extorsión, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado”.

reconozca al acuerdo patrimonial de las partes la fuerza suficiente para poner término al proceso penal.

No puede sorprender, entonces, que también el legislador chileno estableciera que en los delitos que recayeren sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se tratara de delitos culposos que no hubieren producido resultado de muerte, ni afectaren en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez puede aprobar acuerdos reparatorios, entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan presentado su consentimiento libremente y con pleno conocimiento de sus derechos. Se declara, en consecuencia, que el acuerdo reparatorio cumplido o debidamente garantizado extingue la acción penal respecto del imputado.

Ésta constituye una de las más salientes aplicaciones del principio de justicia consensuada entre nosotros, pero, ciertamente, no es la única. Recuérdese, por ejemplo, cómo los intervinientes pueden pactar normas procedimentales; o coincidir en modalidades que autorizan la suspensión convencional del procedimiento o, incluso, ¡en **quitarles a los hechos el carácter controvertido...** a través de las convenciones probatorias! (art. 275).

Las modalidades de justicia consensuada desmistifican las viejas ideas en torno, no a la militancia de las normas del proceso penal en el orden público, sino –en mi concepto– en la nota de indisponibilidad que conllevaría la normativa perteneciente a tal orden.

Si el derecho reconoce las modalidades de justicia consensuada en materias tan sensibles para la vida en sociedad, como el derecho penal, con cuánta mayor razón se las reconocerá en otras que, según se expresa en el párrafo que sigue, ocupan un menguado lugar en la escala de valores que el ordenamiento protege.

Los valores constitucionales y la hermenéutica legal

¿Qué es una Constitución, sino un conjunto de normas que refleja el sentir moral, religioso, social y político de una comunidad, en un momento y en un lugar determinados? Son estos aspectos los que las identifican y distinguen, por lo que no nos sorprendemos de aludir a la Constitución “moralista” de Egaña, de 1823, a la “liberal” de Cádiz de 1812 o, según las visiones, a la “autoritaria” de 1980.

La interpretación legal sistemática descansa en la noción de la coherencia de un sistema jurídico pleno. Ella discurre, más que por sobre el afán de evitar antinomias o contradicciones, sobre la convicción en torno a la inexistencia de

las mismas, posiblemente en el viejo esquema de Von Savigny, de considerar el ordenamiento jurídico como un todo único y sistemático, formado por el conjunto de las instituciones jurídicas.

La cuestión se agudiza en el ámbito constitucional, porque si se reconoce que la Carta Política constituye el referente ideológico al que debe someterse la normativa de jerarquía inferior, esto es, si demandamos coherencia ideológica o valórica entre la Constitución y la Ley, con muchísima mayor razón se demanda esa misma coherencia al interior de la propia normativa constitucional.

Establecida la necesidad esencial de la compatibilidad terminológica y, ciertamente, axiológica, de la Constitución, es imperioso recordar que entre los valores existe una jerarquía, que conduce, por ejemplo, a que se estime que los valores éticos son superiores a los estéticos. La característica jerárquica de los valores no importa más que, como enseñaba García Morente,¹⁶ “puestos a sacrificar un valor “útil” o un valor “vital”, sacrificaremos, más gustosos, el valor útil que el vital”, por lo que no vacilaremos en destruir una cosa material, si de este modo salvamos una vida humana.

La “reforma procesal penal” supuso la incorporación al texto de la Constitución de una norma con arreglo a la cual *“Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley...”*

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso”.

Lo anterior debe complementarse con el texto del reconocido numeral 26 del artículo 19, que dispone que se nos otorga a los habitantes *“...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 en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio...”*.

¹⁶ Cfr: García Morente, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Edit. Losada S.A., Bs. Aires, 6ª edic., pág. 381.

Esta norma contiene un principio trascendente: comentando una similar argentina (el artículo 28), el destacado jurista decimonónico de ese país Juan Bautista Alberdi¹⁷ la explicaba afirmando que *“no basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario (...) que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias...”* e insistiendo agregaba –de un modo admirable– *“...la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella...”*.

Nuestro numeral 26 del art. 19 y el artículo constitucional argentino 28 descansan y se fundan en un principio de razonabilidad, respecto del cual puede sostenerse que cada vez que exista una regulación razonable de los derechos fundamentales, queda excluida la violación de su contenido, o, dicho de otro modo, que la alteración del contenido de un derecho equivale a irrazonabilidad en su regulación.¹⁸

Adicionalmente –y siempre en la línea de sentar el marco hermenéutico hoy vigente en el país– creo necesario recordar que el catálogo de garantías que se reconoce en nuestra Constitución vigente lo encabeza la protección al **“...derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona...”**(art. 19 N° 1), al paso que, diríamos, casi concluyendo el listado (19 N° 21) aparece, por ejemplo, la preocupación por *“...el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional...”* y (19 N° 22) *“...la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica...”*.

Esta jerarquización no es fortuita: todo entendido en derecho constitucional reconoce la existencia de lo que se denomina en el constitucionalismo anglosajón el *“balancing test”*, esto es, ese examen que resuelve las controversias en función de la mayor jerarquía del derecho comprometido o, lo que es lo mismo, el que reconoce la ordenación prioritaria de los derechos, como necesaria e inevitable consecuencia de esa característica propia de los valores: su jerarquización.

Pues bien, ninguna duda cabe que el ordenamiento constitucional nacional privilegia un valor –la vida– por sobre otros –por ejemplo, sobre el el derecho a desarrollar una actividad económica– y, siendo así, lo que, por lo demás, no

¹⁷ Cfr Alberdi, J B. *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*. Sopena, Bs. Aires, 1957, pág. 188, cit. por Cianciardo, Juan. *El Principio de Razonabilidad*. Edit. Ábaco de R. Depalma, Bs. Aires, 2004, pág 39.

¹⁸ Cianciardo, J., ob. cit., pág. 58.

parece discutible, sólo resta extraer una incuestionable conclusión: todo lo que es prohibido en la preservación de los **valores de inferior jerarquía**, lo es, aun más, respecto de los de **mayor jerarquía**; y todo lo que es permitido respecto del cuidado de aquellos, lo será también respecto de los últimos.

A la inversa, lo que no es posible en el cuidado de los bienes más caros a la organización social, no lo es tampoco, y con muchísima mayor razón, respecto de los de menor consideración social.

Este criterio de análisis dirá que si, por ejemplo, por mandato constitucional en la investigación de un delito contra la vida el órgano de la Administración no puede allanar un domicilio privado, sin previa autorización judicial, no hay método hermenéutico alguno que permita concluir que en la investigación de un ilícito tributario sí se podrá allanar el domicilio privado sin autorización judicial...

La jerarquización de valores, expresamente introducida por la reforma procesal en la Constitución, debe modificar, sin dudas, los criterios de la hermenéutica nacional.

La prueba ilícita: una institución hoy común a todo el derecho probatorio

Hasta la vigencia del Código Procesal Penal, el tema de la prueba ilícita constituía uno de aquellos inexcusablemente preteridos en el ámbito nacional. La cuestión se reduce a reconocer que si el Estado se explica por y para el hombre, y si quienes ejercen el poder han de sujetarse a recíprocos controles, bajo un marco preestablecido, el resultado es que la conducta estatal se desarrolla bajo un marcado régimen de límites y controles.

El juicio es común y amplio, en términos de alcanzar a todo comportamiento estatal y, desde luego, a aquel persecutorio y represivo de delitos que, en general, conforma el proceso penal, a través de la investigación, juzgamiento y sanción de tales atentados.

El Estado democrático de derecho es el Estado que se autoimpone límites en su actuar o que lo que identifica a este Estado es la observancia de tales límites. Resultan, de este modo, elementos que identifican al moderno sistema estatal los parámetros que condicionan el desarrollo de sus funciones y el fin último a que tales funciones deben aspirar, fin que, naturalmente, ha de emparar de sus características a los medios a que se recurre para alcanzarlo.

Se perfila así, lo que podremos denominar un estatuto ético regulador del ejercicio estatal. Como la conducta pública persigue el bien común, sólo le es permitido recurrir a medios éticamente aceptables, teniendo además en cuenta que el sistema legal no puede aprovecharse de pruebas de cargo obtenidas a partir de una violación al mismo sistema legal.¹⁹ La perenne cuestión de fines y medios reaparece a propósito de este tema y condiciona las respuestas.

Establecidas estas ideas preliminares, corresponde recordar que la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos representa una tarea insoslayable de los Estados y que, por siglos, la historia del proceso penal, instrumento a través del cual se lleva a cabo esta función estatal, ha oscilado entre lo que con cierta simpleza de análisis hemos denominado garantismo y eficacia, encrucijada que enfrenta la búsqueda de la verdad, como mecanismo de defensa social y la observancia, atención y cuidado de los derechos y garantías individuales.

El trazado del campo de actuación de la actividad investigadora y persecutoria lo conforma la observancia que el Estado resuelva efectuar de los derechos de las personas para autolimitarse en sus funciones: ¿hasta dónde está dispuesto a llegar el Estado? Ésta constituye la pregunta a resolver en estos tópicos y en tal afán, de antiguo, viene enfocándose la cuestión desde la perspectiva probatoria, imponiendo límites a esta actividad, a través de la reglas de exclusión de pruebas.²⁰

El derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal; por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida,²¹ sea para dilucidar controversias penales, civiles, laborales, familiares, etc.

Si la finalidad del proceso no es aplicar la pena al reo de cualquier modo, enseña Ada Pellegrini Grinover, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable,²² regla, me parece, inexcusablemente aplicable a toda controversia jurisdiccional.

¹⁹ Cfr. Superti Héctor. "¿El fin justifica los medios?". En *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, edit. Juris. Rosario, 1998, pág. 285.

²⁰ El artículo 276 del Código Procesal Penal consagra reglas de exclusión de pruebas estableciendo, bajo el epígrafe: "Exclusión de pruebas para el juicio oral," que: El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral... **aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.**

²¹ Cfr: Barbosa Moreira, José Carlos, "Restricciones a la Prueba en la Constitución brasileña", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Vol. II, N° 21-22, 1997, pág. 129.

²² Cfr: "As provas ilícitas na Constituição", en *O Processo em Evolução*. Edit. Forense Universitaria. Río de Janeiro, 1996, pág. 46.

Siguiendo este predicamento –novedoso para el derecho nacional– el artículo 31 de la Ley de los Tribunales de Familia dispone que “...el juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que ...**hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales...**”.

A su turno, el Código del Trabajo, en su última versión, declara en el artículo 453 N° 3 inciso final: “...*Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales...*”.

Finalmente, el Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil proclama que se excluirán del juicio “...las pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales (art. 254 N° 8).

De este modo, la teoría de la prueba ilícita, formalmente incorporada al derecho chileno por la reforma procesal penal, constituye hoy un tema compartido en todas las ramas procesales.

La oralidad en los procedimientos judiciales

Según adelanté, la denominada “reforma procesal penal” cambió sustancialmente el sistema de impartición de la justicia penal chilena, adecuándolo a los tiempos e introduciendo, por doquier, la oralidad, como forma de comunicación de los intervinientes en el juicio.

Así aun cuando, reseñando la situación, mucho tiempo atrás, Mauro Cappelletti²³ recordara que los debates que en pro de la oralidad agitaron ya a la Europa decimonónica, originando el Código de Hannover de 1850, las *Zivilprozessordnung* alemana y austriaca de 1877 y 1895, para llegar a los códigos húngaro de 1911, danés de 1916, polaco de 1933, sueco de 1942 y, obviamente –en lo que corresponde– el italiano 40-42. No obstante, en el derecho de los procedimientos civiles nacionales de Chile se conservaba, como gran principio rector de la expresión de la actividad jurisdiccional y desde los albores del siglo XIX, un riguroso sistema de escrituración, del que pueden predicarse todos los adjetivos con los que, insistentemente, se han venido descalificando por la doctrina, estas modalidades escriturarias.

²³ Cfr: Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil. Bs. Aires, Ejea, 1972, trad. S. Sentís M., pág. 98.

No sorprende, entonces que, como relación introductoria, se lea en el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil, que “de toda actuación deberá dejarse testimonio escrito en el proceso...”, al paso que el artículo 57, casi consagrando la prohibición de la expresión oral, afirma que “las diligencias de notificación que se estampen en el proceso no contendrán declaración alguna del notificado...”.

Concluyendo rigurosamente, no se registra otra actividad con expresión oral relevante, en nuestro proceso civil ordinario actual,²⁴ que la actividad que se verifica ante los Tribunales Superiores –principalmente Corte de Apelaciones y Corte Suprema– con motivo de la impugnación recursiva a través de los alegatos (artículos 223, 226 y 784 CPC).

La situación actual

i) Vigente, sin embargo, el Código Procesal Penal con su exigencia ineludible de oralidad,²⁵ el 1 de octubre de 2005, después de una vacancia legal de algo más de un año, entró a regir la Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia, proclamando, en su artículo 9° que “*el procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes...*”, para agregar, en el 10:

***Oralidad:** Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.*

ii) El nuevo procedimiento consagrado en Código del Trabajo, a virtud de la modificación introducida por la Ley 20.087, consiste en que, efectuados por escrito los actos de postulación, la causa se ventilará “en dos audiencias, la primera preparatoria y la segunda de juicio...”.

iii) Se ha remitido, recientemente, por el Poder Ejecutivo, un Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil al Congreso y en él se introduce, como principio,

²⁴ Excluyo al juicio sumario, respecto del cual el artículo. 682 predica que “el procedimiento sumario será verbal; pero las partes podrán, si quieren, presentar minutas escritas en que se establezcan los hechos invocados y las peticiones que se formulen...”, lo que se traduce en que es un procedimiento irremisiblemente escrito.

²⁵ Bajo el epígrafe de “oralidad” dispone el artículo 291 de este Código que “...- La audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio.

El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral”.

el de oralidad, declarándose en el artículo 7° que *“...El proceso se desarrollará en audiencias orales, sin que sea procedente la presentación de escritos dentro de ellas, ya sea de argumentaciones o peticiones al tribunal. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal en la audiencia y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio...”*.

La eliminación de la casación

El Código Procesal Penal eliminó la denominación “casación” de sus instituciones y aunque mantuvo una impugnación fundada en la existencia de un error de derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo (art. 272 letra b), la autorización para la invocación de causales subsidiarias y el manifiesto afán de desformalizar el recurso principal, denominado “de nulidad” demuestra el afán de sustituir la casación tradicional por una opción impugnadora moderna y más efectiva.

No hay ya casación en materia laboral ni se la recoge en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil.

De este modo se comprueba un fenómeno singular: entre nosotros, ha sido el Código Procesal Penal y no el Civil, el que, constituyendo el hito de referencia, ha terminado imponiendo, en todos los ámbitos, la tónica procedimental.

Hacia una mejor justicia penal

Los escasos pero intensos años de aplicación del sistema procesal penal permiten advertir aspectos que merecen una regulación diferente.²⁶ De entre ellos, destaque, primero, en torno al Ministerio Público:

a) Relaciones de abogados y fiscales

Hoy constituye casi un lugar común el lamento de los abogados particulares en torno a la dificultad de acceder a los fiscales. Es efectivo que por la naturaleza de las funciones que éstos cumplen, que demanda reiterada actividad fuera de su lugar habitual de trabajo, no resulta simple establecer comunicación fluida con ellos o, a lo menos, con la facilidad a la que aspirarían los abogados.

²⁶ No me ocuparé de las reformas introducidas al Código, algunas de las cuales resultan ostensiblemente inconsistentes con sus principios.

Con todo, es indispensable buscar un modo de resolver esta situación cuya existencia real es hoy innegable.

b) Rutinas internas de trabajo y modificaciones al articulado del Código Procesal Penal

También parece necesario determinar el modo cómo se distribuye el trabajo entre los fiscales y el deber que debe observarse de asumir en plazo razonablemente breve, las investigaciones que deben sustanciarse a virtud de querellas particulares, declaradas admisibles por el juez de garantía, lo que nos conduce a un tema singular:

La informalidad de la investigación es una característica positiva buscada por el sistema y debe ser preservada: su exacerbación, empero, puede tornarla en negativa. En esta línea, cabe recordar el afán con el que se intentó superar la idea del "expediente", noción que, se pensó, podría afectar la oralidad que se elevaba –y con razón– a valor distintivo del nuevo régimen. Con todo, no sólo no se divisa que se infiera perjuicio alguno, sino ventajas de diverso tipo, de la circunstancia de que los fiscales manejen una carpeta ordenada y, por ende, foliada. Es que ella no sólo no está destinada a que los jueces las empleen para formar su convicción, sino tiene por finalidad dar cuenta de los antecedentes recogidos en la investigación, haciendo posible un mejor ejercicio del derecho de defensa por imputados y por querellantes.

Se evitará, además, que se haga realidad el rumor, que en ocasiones circula, en orden a existir más de una carpeta de investigación, vale decir, que exista una con determinados antecedentes, que en la otra no aparecen. Soy un convencido que, como hoy se predica, con respaldo en el nuevo artículo 8° constitucional, la transparencia sólo infunde temor al que no ajusta su conducta al derecho, de dónde queda en claro que los fiscales no deberán objetar semejante exigencia, que se puede materializar apenas con una breve indicación al art. 227 del Código.

De otro lado, y en igual dirección argumental, me parece que en el caso de los arts. 167 inc. 3° y 188 debe indicarse un plazo para que el fiscal se pronuncie sobre las proposiciones de diligencias de los intervinientes, señalándose que la negativa debe ser siempre fundada.²⁷ Es que no es presentable, como lo supone el art. 257, que el fiscal no se pronuncie sobre las peticiones de los intervinientes.

²⁷ El hecho de que constitucionalmente se declare que el M.P. no ejerce funciones jurisdiccionales, por momento, además, invita a pensar que el silencio frente a la propuesta, en el plazo legal, importa la aceptación, de cara a lo dispuesto en el art. 257.

c) Poderes del Ministerio Público

El artículo 186 faculta al juez para imponer al fiscal el deber de dar al interesado información acerca de los hechos materia de la investigación –lo que parece sensato–, pero, además, permite al juez fijar al fiscal un plazo para que formalice, lo que linda en la inconstitucionalidad. Es que por esta vía se introduce el juez en la dirección y conducción de la investigación, lo que le está vedado, por lo que me parece debe eliminarse la oración final de la norma.

Debe agregarse al inciso 2° del art. 149 una oración que señale que la apelación en contra de la resolución que negare o revocare la prisión preventiva sólo podrá deducirse en la audiencia respectiva, para terminar con la interpretación de algunas Cortes que estiman que si así no ocurre, el fiscal puede deducir el recurso en el plazo ordinario.

El art. 247 debe modificarse para que quede en claro que si vencido el plazo de dos años desde que la investigación se hubiere formalizado o el que el juez hubiere determinado, el fiscal no la ha cerrado, el juez procederá directamente a declararla cerrada a petición de cualquiera de los intervinientes, eliminándose así, la audiencia para apercibir al fiscal, que claramente no tiene sentido. Si declarada cerrada la investigación, el fiscal o el querellante no dedujeren acusación en el lapso de 10 días, como señala el mismo 247, el juez citará a la audiencia prevista en el art. 249 y dictará sobreseimiento.

Debe dejarse claramente establecido que la falta de formalización no puede ser obstáculo para que el fiscal comunique su decisión de no perseverar, como lo autoriza el art. 248 letra c). Es que formalizar o no es atribución privativa del fiscal y a éste la Constitución le ha confiado el ejercicio de la acción penal, no se ajusta al sistema la norma que lo obliga a formalizar para declarar que no perseverará.

Debe sustituirse el epígrafe del art. 258, porque no es efectivo que la norma dé cuenta de un “forzamiento” de la acusación. Se trata de un título que correspondía a un contenido diferente: el fiscal no puede ser “forzado” a acusar.

Del mismo modo, si el fiscal resuelve no perseverar, es absurdo que, como lo exige la disposición, el querellante tenga que solicitar autorización al juez para seguir adelante con el proceso: se trata de un derecho que le ha conferido la propia Constitución, cuyo ejercicio no depende de una resolución judicial.

d) Varios

Debe eliminarse la facultad otorgada en el art. 261 letra b) al querellante a fin de instar por la corrección de los vicios de la acusación, tanto porque él no reporta perjuicio de los mismos, lo que ya sería suficiente, cuanto porque en su propia acusación puede plantear los términos que estime.

e) Recursos

En el inc 1° del art. 357 debe eliminarse la referencia a que la causa no podrá suspenderse por la causal prevista en el numeral 5 del art. 165 del C. de P. Civil, porque, más adelante, el inciso 4° del propio 357 expresamente autoriza para proceder como dispone el mencionado numeral 5.

En el art. 358 deberá señalarse que no es preciso hacerse parte en los recursos, antes de regular el efecto del abandono. En el art. 361, que fija el estatuto legal supletorio, en materia de recursos, en coherencia con lo que se señaló tantas veces en la historia fidedigna del establecimiento del Código, debe agregarse el adverbio "solamente" después de "Supletoriamente" para dejar establecido que no rigen las normas de los recursos civiles en este ámbito.

A la letra b) del art. 373 me parece que debe agregarse la frase "como por ejemplo, si se hubieren infringido las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicamente afianzados, en la valoración de la prueba". Se persigue, de este modo, dejar en claro que si la ley obliga a ponderar la prueba respetando las reglas de la lógica y el tribunal declara que el todo es menor que la parte, se pueda invalidar la sentencia por nulidad.

Finalmente, debe eliminarse el inciso 2° del art. 387, que es flagrantemente inconstitucional, al vedar todo recurso en contra de una sentencia condenatoria penal, por la sola circunstancia de ser la sentencia que se dicta en un juicio incoado como resultado de haberse anulado uno anterior: baste, al efecto, reparar en que si se anuló un fallo condenatorio, por haber sido dictado por un tribunal incompetente, no se divisa razón alguna para que el condenado no pueda recurrir en contra de la segunda sentencia condenatoria, si aduce que en el segundo juicio no le permitieron rendir sus pruebas...

De lo expuesto aparece que, en los hechos, la normativa procesal penal se ha transformado en el referente obligado de toda la restante legislación procesal, lo que, por decir lo menos, constituye un fenómeno inédito en el derecho comparado.

f) Defensa penal

No existe razón alguna para que no se otorgue a la Defensa Penal Pública un estatuto de autonomía; piénsese en el grado en que limita sus posibilidades de actuación la circunstancia de depender del Ejecutivo.²⁸ El proyecto correspondiente yace hace tres años en el Congreso y no se le otorga urgencia alguna.

Generalidades

En tren de perspectivas, es incuestionable que el sistema procesal penal –que ya no el Código Procesal Penal– nacional tienen mucho por mejorar en sus distintas fases, incluyendo, de modo muy primordial, la prevención de los delitos, sus órganos de persecución, de entre los cuales, las policías deben merecer atención preferente, etc.

Por otra parte, nadie duda a estas alturas, que la normativa de responsabilidad penal juvenil necesita urgente revisión.

Tema pendiente, además, es el de los jueces de ejecución penal, lo que constituye un aspecto directamente vinculado con regímenes carcelarios y, especialmente, control de medidas impuestas por remisión de penas o condiciones de suspensiones condicionales.

Es adicionalmente indispensable mejorar la calidad y circunstancias de las salidas alternativas, en cuanto ellas, se lo quiera o no, contribuyen a formar sensaciones generales de seguridad pública.

En resumen, las innovaciones en materia de concepción de orden público, el modo como las normas constitucionales que respaldan la reforma inciden en la hermenéutica nacional, la adopción formal de una concepción proscriptora de la prueba ilícita, la generalizada adopción de la oralidad, como vía de comunicación de jueces y litigantes, entre otros, constituyen aportes relevantes de la reforma procesal penal al derecho chileno.

Lo hecho, mirado en la perspectiva de la historia del derecho nacional, constituye, entonces, un avance equiparable a los más altos logros jamás alcanzados en la legislación nacional: como éstos, tampoco la reforma procesal penal constituye una obra perfecta y “la práctica continuará descubriendo sus defectos”: nuestra tarea común es corregirlos, para perfeccionar lo que hemos alcanzado.

²⁸ ¿Cómo podría un defensor público interponer, por ejemplo, un amparo en contra de Gendarmería, si dependen del mismo Ministerio?

Claves de la Reforma Procesal Civil

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor Titular de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El denominado “Foro de la Reforma Procesal Civil”, generado en el año 2005 sobre la base de la convocatoria del Ministerio de Justicia y realizado con la participación de distintos profesores de la especialidad, casi exclusivamente santiaguinos –como es propio de la funcionalidad centralista que es usual en la cultura nacional y daña el desarrollo del país–, ha dado lugar al “Proyecto de Código Procesal Civil”, suscrito el 18 de mayo de 2009 por la Presidenta de la República, cuyo Mensaje se inicia así:

- “Los continuos esfuerzos desplegados por el Gobierno de Chile en el sector justicia en los últimos veinte años han estado encaminados a forjar un proceso histórico de recambio en nuestro sistema jurídico, en la búsqueda constante de una justicia más rápida, más eficaz, más cercana a la gente, de mayor transparencia en su desarrollo, y que, por sobre todo, logre tutelar en forma efectiva los intereses de los sujetos involucrados en cada uno de los conflictos. Y es que un sistema democrático como el nuestro no se satisface con un reconocimiento de los derechos de las personas, sino sólo cuando aquel reconocimiento lleva aparejado, siempre y bajo cualquier circunstancia, un sistema de tutela eficaz que proteja tales derechos ante las eventuales vulneraciones que puedan sufrir, y que permita junto con llegar a una solución justa, que ésta llegue en tiempo y se materialice con efectividad, a fin de satisfacer en forma real el quiebre de la paz social que implica tal vulneración. Sólo así se reconoce la verdadera existencia de los derechos”.

Las ideas matrices de la “Reforma Procesal Civil” son, entonces, perfectamente claras:

- Inscripción de los gobiernos de un sector político como forjadores de “un proceso histórico de recambio del sistema jurídico”;
- El “recambio del sistema jurídico” debe arrojar un sistema procesal que genere una justicia: (i) más rápida y que llegue en tiempo; (ii) que se mate-

rialice efectivamente, es decir, que logre tutelar en forma efectiva los intereses de los sujetos involucrados en conflictos; (iii) más cercana a la gente; (iv) más transparente en su desarrollo; y (v) que satisfaga en forma real el quiebre de la paz social que implica la vulneración de derechos.

I. El “recambio”

Es un hecho cierto que durante los últimos veinte años se ha alterado notablemente el sistema procesal, con la Reforma Procesal de Familia, la Reforma Procesal Laboral, la Reforma Procesal Penal y la Reforma Procesal Tributaria, hito que viene a culminarse con el Proyecto de Código Procesal Civil y las leyes de mediación y arbitraje que el Mensaje de la Presidenta de la República deja anunciadas; de manera que si los gobiernos que han regido la Nación durante dos décadas han estado presididos por el objetivo de inscribirse en la historia chilena como los forjadores de un “recambio del sistema jurídico”, en lo que concierne a su vertiente procesal, no ha de haber dudas en orden a que lo han logrado plenamente.

Cuestión distinta es la que consiste en resolver si tal “recambio” es capaz de exhibir las categóricas bondades que un discurso exitista, así como una curiosa ausencia de reflexión académica crítica, han instaurado entre nosotros como una tesis supuestamente demostrada.

En esta perspectiva, dos cuestiones básicas me parece que es imprescindible dejar anotadas.

II. Las prioridades

La primera de las cuestiones anunciadas es que todos los estudios empíricos –incluso elaborados sobre la base de fuentes y métodos estadísticos más bien precarios– demuestran que nuestro país exhibe un progresivo aumento de las tasas de litigiosidad, que ha avanzado mucho más rápido que los aumentos de la población capaz de estar en juicio, en todos los ámbitos jurídicos.

En otros términos, durante los últimos veinte años, los chilenos hemos llegado a estar mucho más dentro de los tribunales que fuera de ellos, habiendo aumentado los grados de conflictividad de las relaciones sociales y el tiempo dedicado a litigar en desmedro del tiempo destinado a contribuir al bienestar social y al desarrollo nacional. Los litigios, por definición, son mecanismos de distribución de una riqueza previamente creada y no constituyen factores de aumento del caudal de bienes y servicios, por lo que no contribuyen al crecimiento económico, que es fuente de bienestar para la población.

Este fenómeno difícilmente puede ser considerado como un elemento de progreso nacional, a menos que cualquier "recambio" deba ser estimado como un factor de progreso.

Creo, en consecuencia, que las prioridades se han extraviado al dedicar esfuerzos mayores al "recambio" del sistema procesal que al "recambio" del sistema jurídico con una vocación de disminución de las tasas de litigiosidad.

El sistema jurídico funciona en dos fases. La primera es sana y opera en la normalidad, cuando el derecho es capaz de regular la interacción social logrando que los sujetos se relacionen entre sí, cotidianamente, sin arribar a las esferas procesales. La segunda es patológica y se inicia cuando ese objetivo no ha sido logrado y los sujetos arriban a situaciones litigiosas. Es claro que los primeros esfuerzos habrían debido destinarse a aquella fase primaria que impide que la segunda tenga lugar.

Esta consideración, propia de la sociología jurídica básica, presenta connotaciones prácticas evidentes.

Así, por ejemplo, ocurre en el orden penal. El país destinó recursos económicos millonarios a la instauración de la Reforma Procesal Penal, esto es, un sistema procesal que permite resolver litigios penales cuando la noticia criminis ha ocurrido, es decir, cuando un hecho que prima facie es punible, ha ocurrido. Parece del todo claro que una orientación política benigna habría debido comenzar por destinar recursos económicos, que bien habrían podido ser menos ingentes, para mejorar, primero, los índices de seguridad, de modo de reducir la ocurrencia de los hechos ilícitos que agobian cotidianamente a nuestra sociedad, para, sólo después de logrado ese objetivo, introducirse en una Reforma Procesal Penal acotada a la resolución de los conflictos penales residuales.

Empero, las prioridades operaron políticamente a la inversa y hoy se nos recuerda que la Reforma Procesal Penal no tuvo por objetivo disminuir la ocurrencia de delitos, sino procesar los hechos punible ocurridos. Las prioridades normales fueron, de este modo, alteradas, y los costos del equívoco en la orientación, evidente a todas luces, los paga la sociedad en su conjunto, en medio de un discurso existista, difundido a través de los medios de comunicación social, que oculta realidades que para la gente son palmarias. Similares conceptos pueden predicarse a propósito de la Reforma Procesal de Familia y de la Reforma Procesal Laboral.

Toca el turno, ahora, en esta pretensión de "recambio", de la Reforma Procesal Civil.

En otras sociedades, como la norteamericana, se desarrollan notables esfuerzos para generar una especialización jurídica preventiva en el orden contractual, de manera de destinar todos los esfuerzos posibles para evitar que las relaciones de negocios, que por definición crean riqueza, arriben innecesariamente al sistema procesal, que por definición distribuye –destruyendo en parte– la riqueza previamente generada. Este esfuerzo pasa, desde luego, por la formación de abogados dotados de un conjunto de conocimientos y destrezas que les permitan negociar y construir contratos correctamente formulados en sus estipulaciones, de manera de distribuir adecuadamente los bienes y servicios, las expectativas y los riesgos, previéndolos y presupuestándolos, logrando los contratantes sus respectivos objetivos de un modo sano. Pese a que se trata, el anotado, de un concepto diseñado al culminar la primera mitad del siglo XX, que ha permitido la formación de una disciplina de cátedra en otros lugares, destinado a evitar el aumento insano de la litigiosidad, en Chile no destinamos esfuerzos matrices a estos objetivos y dedicamos, antes de ello, recursos económicos que no serán nada menores al forjamiento de un sistema procesal que permita procesar litigios ya generados.

Las prioridades se hallan, otra vez, profundamente alteradas, porque no se orientan a resolver los problemas de base del patológico fenómeno del conflicto procesal.

III. Necesaria pausa para una reflexión crítica

La segunda es que la prudencia, que debiera primar ante el mero voluntarismo del “recambio”, aconseja someter a atento y serio examen los verdaderos productos de la Reforma Procesal Penal, de la Reforma Procesal de Familia y de la Reforma Procesal Laboral.

En efecto, de una Reforma Procesal Civil, elaborada por agentes ejecutivos, legislativos y académicos, de similar origen a los autores de las innovaciones aquéllas, no podemos esperar instituciones muy distintas de las que llevan sólo algunos años operando entre nosotros, y que, dadas por buenas por un discurso genérico más que por un análisis estricto, no han sido objeto de un examen suficientemente crítico y riguroso, entre otras razones porque nuestros círculos académicos han disminuido sus capacidades de reflexión crítica, fenómeno que es propio de una sociedad invadida por alteraciones técnicas y tecnológicas que permiten al ser humano realizar cada día más actividades, pero que, como advertía García Morente en las primeras décadas del Siglo XX, disminuyen la vocación a la reflexión crítica.

¿Puede sostenerse efectivamente que la Reforma Procesal Penal, la Reforma Procesal de Familia y la Reforma Procesal Laboral han traído al sistema jurídico nacional beneficios en todos los ámbitos procesales?

Es ésta una cuestión que debe ser discutida entre nosotros.

En términos generales, parece claro que el juicio oral penal, en virtud de la inmediación, permite un juzgamiento en que el juicio jurisdiccional fáctico puede coincidir en mayor medida con la realidad fáctica ocurrida. Pero de esa consideración a sostener que el juicio oral sea un instrumento mejor que el que le precedió, en todo orden, hay un trecho que es muy extenso y que merece un análisis más riguroso.

Muchas preguntas quedan por ser formuladas. Incluso en el orden de la reconstrucción de la realidad fáctica ocurrida: ¿puede sostenerse que el juicio oral diseñado entre nosotros constituya un sistema eficaz para el juzgamiento de delitos económicos complejos en que la prueba documental suele ser abstrusa y requiere de un examen y de una meditación detenida?

En cuanto a la sentencia del juicio oral, en que el sistema apresura la adopción judicial de la decisión condenatoria o absolutoria: ¿no es cierto que la redacción del fallo ya no sirve para que los jueces construyan el juicio jurisdiccional, corrigiendo los errores en que hayan podido incurrir en su primera aproximación, transformándose en un insano ejercicio autojustificativo de la decisión ya comunicada?

En lo que concierne al régimen de apreciación probatoria y al sistema recursivo: ¿puede sostenerse seriamente que el recurso de nulidad sea un instrumento que permita ponderar críticamente la lógica del razonamiento fáctico de los jueces o se ha transformado en un instrumento en que este análisis crítico es normalmente evadido por las Cortes, omitiéndose de hecho el recurso al tribunal superior, que es garantía reconocida por los derechos humanos universalmente reconocidos?

En lo que es pertinente al rol de la Corte Suprema, es fácil generar unas interrogantes que debieran agobiar a espíritus reflexivos: **(i)** ¿puede sostenerse que haya cumplido eficazmente el rol que le asignó el legislador en orden a la cautela de las garantías constitucionales y de derechos humanos, o no lo ha cumplido, interpretándolas en sentido estricto, por una parte, y delegando el control de las Cortes de Apelaciones, por la otra?; **(ii)** ergo: ¿no es necesario establecer en Chile un régimen de control constitucional de lo obrado por el Poder Judicial por medio de un órgano de control constitucional concreto y

exógeno a los Tribunales Ordinarios, como ocurre en Alemania o en España o en Colombia?; (iii) ¿es posible sostener que impera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley en un sistema procesal en que la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho queda entregada por regla general a una pluralidad de Cortes de Apelaciones conformadas por una multiplicidad de salas y de ministros?; y (iv) ergo: ¿tiene algún sentido que la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho se haya entregado a la Corte Suprema únicamente en evento de jurisprudencia contradictoria, máxime si se ha estimado que ésta es solo aquella generada durante el nuevo sistema, borrándose de una plumada la jurisprudencia sustantiva generada por el máximo tribunal durante más de un siglo?

Queda sentado, entonces, que es fácil demostrar que incluso el instrumento más elogiado de la Reforma Procesal Penal, que es el juicio oral, presenta múltiples aristas cuyas bondades difícilmente pueden ser aceptadas. Pero a ello ha de agregarse que ese instrumento opera en escasas oportunidades. En las demás y en los hechos, me parece que también puede demostrarse que un sistema que hace de la intermediación una proclama ha terminado mediatizando gravemente el contacto entre los jueces y las fuentes que les permiten conocer los hechos reales, delegando el establecimiento de la verdad en los fiscales por medio de las exposiciones que éstos formulan de lo que resultaría demostrado a partir de sus propias investigaciones. Es el caso, por ejemplo, de la acreditación del hecho punible nada menos que para la resolución de la prisión preventiva. Es el caso, también, de la decisión de sobreseimiento definitivo. La asistencia a audiencias de este tipo, realizadas en Juzgados de Garantía e incluso en Cortes de Apelaciones, demuestra que es usual que los hechos sean establecidos a través de las mencionadas versiones de los fiscales. Es cierto, como enseñaba Calamandrei, que de la dialéctica de los abogados de las partes puede surgir la verdad como la luz aparece del choque de pedernales. Pero entregar el establecimiento de los hechos, para someter a prisión preventiva o para decidir un sobreseimiento definitivo, a lo que parece emanar del debate de los abogados y de la versión del fiscal acerca de lo que su investigación acreditaría, que es lo que ocurre frecuentemente en la práctica, constituye un anómalo y evidente exceso.

No me convence, entonces, la bondad, supuestamente indiscutida, del “recambio” por el que el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil muestra indisimulado orgullo; más bien, pienso que los constructores del “recambio” merecen una pausa en sus desvelos, que permita que externa e independientemente, por académicos y prácticos no interesados en arribar a una u otra conclusión, hagan una reflexión crítica y seria acerca del mérito que pueda efectivamente encontrarse en sus obras legislativas.

IV. La renovación de un riesgo

Suele acaecer, en la realidad práctica, que un cuerpo legislativo del tipo de un Código Procesal Civil, como el propuesto, se inserte en una realidad orgánica que presente unas consecuencias reales no advertidas.

Fue el caso, por ejemplo, del Código de Procedimiento Civil que surgió de la obra de procesalistas de los más eminentes del siglo XX, como sin duda es el caso de Calamandrei, Carnelutti y Redenti, doctrinadores tan sabios que es difícil escoger un orden para escribir sus apellidos en un texto como éste. En efecto, inspirados por la obra previa del maestro Chiovenda –impulsor de la intermediación y la oralidad–, contribuyeron, incluso en el contexto de un régimen autoritario al que no eran afectos, a generar una obra legislativa que parecía, en su lectura, perfecta; pero sus resultados prácticos y concretos fueron magros. Parecida cosa puede ocurrir en Chile con la obra de procesalistas nacionales distinguidos, cuyos méritos académicos, y en ciertos casos como litigantes, son indiscutibles.

El sistema procesal funcional diseñado por la Reforma Procesal Penal requirió de una pléyade de operadores jurídicos, en roles de jueces, fiscales y defensores. No era posible hallarlos entre abogados de experiencia y ello hizo menester el reclutamiento de una enorme cantidad de abogados de intensa juventud, que quedaron dotados, cada uno en su respectivo rol, de enormes poderes. Formalizar o no formalizar a una persona, acusarle o no acusarle, condenarle o no condenarle, son decisiones tremendamente trascendentes. Y todas ellas quedaron entregadas a un conjunto de personas muy jóvenes en su gran mayoría. En mi opinión, fue éste el cambio más trascendente, en los hechos, de la Reforma Procesal Penal: la juventud de sus operadores.

El sistema procesal penal precedente –es injustamente despectivo calificarle como “antiguo”– funcionaba con una lógica muy diversa, en que un abogado podía postular al Poder Judicial después de una trayectoria profesional extensa y en que un magistrado podía arribar al rol de juez de las grandes concentraciones urbanas después de una dilatada trayectoria, que usualmente comenzaba como secretario de un tribunal de pueblo y que pasaba normalmente por la función de secretario de un tribunal de una gran ciudad; el rol de secretario cumplía una necesaria fase formativa, porque ese funcionario colaboraba de hecho con el juez y le subrogaba con alguna frecuencia; nuestros jueces de ayer eran personas cuyos juzgamientos tenían base en una experiencia que se adquiere en la vida común y en la vida judicial, con las vivencias y maduración de los años y que no puede obtenerse en una academia judicial.

La Reforma Procesal Penal rompió con este sano esquema y lo propio ha ocurrido con las Reformas Procesales de Familia y Laboral, de manera que

hoy hallamos fiscales, defensores y jueces, de excesiva juventud, con poca experiencia en la vida común y en la vida judicial, dotados sin embargo de enormes poderes jurídicos, que inciden en la vida cotidiana de las personas. ¿Fue éste un cambio razonable? Los abogados de la práctica jurídica pueden narrar muchas experiencias a este respecto. Pero no es necesario recurrir a ello: la propia Corte Suprema ha debido, recientemente, dictar instrucciones para obtener una mínima formalidad en los órganos judiciales inferiores.

Me parece que es ésta una cuestión que, con ocasión de la Reforma Procesal Civil, debe analizarse detenidamente. No es usual que las personas lleguen a las esferas judiciales penales, de modo que el daño es menor; en cambio, es frecuente que todos arribemos a los estrados judiciales civiles

V. Ideas matrices para una Reforma Procesal Civil

El Mensaje del Ejecutivo sostiene que busca una Justicia: (i) más rápida y que llegue en tiempo; (ii) que se materialice efectivamente, es decir, que logre tutelar en forma efectiva los intereses de los sujetos involucrados en conflictos; (iii) más cercana a la gente; (iv) más transparente en su desarrollo; y (v) que satisfaga en forma real el quiebre de la paz social que implica la vulneración de derechos.

Me parece que con estas ideas se dice muy poco o se dice con escasa profundidad, porque se omiten cuestiones decisivas.

El siglo XX, pese a sus notables avances técnicos y tecnológicos –y tal vez precisamente porque los progresos fueron de esa especie y no priorizaron la reflexión valórica e intelectual que frecuentemente quedó postergada y depreciada–, fue una de las fases más terribles de la historia de la humanidad: las muertes violentas de decenas de millones de personas lo demuestra.

Pero de ello se obtuvo un avance jurídico muy notable y muy concreto: el avance desde un sistema jurídico que giraba en torno a la legalidad como protagonista, en que lo decidido por el órgano legislativo se estimaba en todo caso sabio e intocable, y en que lo mismo podía predicarse de lo decidido por los jueces que interpretaban y aplicaban la legalidad, a otro sistema jurídico que gira en torno a la Carta Constitucional y en que existen garantías fundamentales inviolables, que no pueden ser afectadas, ni por los órganos legislativos que diseñan la legalidad, ni por los órganos judiciales que interpretan y aplican la legalidad.

En otros términos, como se ha dicho con gran claridad por una doctrina que es ya tan reiterada que no es necesaria su cita: a estas alturas del progreso de

la civilización occidental existen cuestiones que exceden del ámbito de lo que es “decidible” por legisladores y jueces.

Me parece, entonces, que a estas alturas de la historia que la humanidad lleva vivida y escrita, y resuelta que ha sido la cuestión del control constitucional concreto de la legalidad por medio de la Reforma de 2005, la cuestión esencial de una Reforma Procesal Civil debiera encontrarse en una profunda y rigurosa reflexión acerca de cómo generamos un sistema procesal civil que sea capaz de asegurar que los jueces chilenos, en la sustanciación del proceso y en el juzgamiento definitivo, respeten cabalmente las garantías fundamentales, procesales y sustantivas, previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados.

Y esto es lo mismo que reflexionar acerca de la necesidad de entregar ese control a un órgano exógeno a los tribunales ordinarios, puesto que aquel que ha sido entregado –en la Reforma Procesal Penal– a la Corte Suprema no ha funcionado con la profundidad debida, del mismo modo que, antes de 2005, no funcionaba adecuadamente el control de constitucionalidad de la ley.

Creo que habla mal de nuestra intelectualidad jurídica que materias que otros países tienen instauradas y que en otras naciones latinoamericanas, como Colombia, vienen instaurándose progresivamente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se hallen aquí eximidas de un debate que es a todas luces imprescindible. Volveremos sobre esto.

VI. El “Proyecto de Código Procesal Civil” es un collage con inspiración a veces teórica

Es posible que uno de los defectos más graves de nuestra doctrina jurídica se halle en la tendencia a copiar, para nosotros, instituciones que funcionan adecuadamente –y a veces inadecuadamente– en otras latitudes; así como a introducir en la legalidad procesal, destinada a una operatoria concreta y práctica, unos diseños académicos teóricos.

De lo primero se encuentra mucho en el “Proyecto de Código Procesal Civil”, pero con una orientación de collage: se copia de un país, de un segundo país, de un tercer país y también de un cuarto país, y con todo eso se forja una mixtura que es muy difícil comprender como un sistema que pueda funcionar adecuadamente en nuestra cultura. No es posible aquí formular un detalle acabado de fácil demostración. Se copia de la Reforma Procesal Civil uruguaya, de la Reforma Procesal Civil española y, en la cuestión institucional más trascendente, que es el rol de la Corte Suprema, del Sistema Procesal Civil norteamericano. Y

de todo resulta un collage, en términos tales que tendremos, por ejemplo, un rol para la Corte Suprema en lo penal, otro en lo laboral, otro en lo tributario, otro en lo civil.

¿Es que no se comprende que el sistema jurídico chileno debiera responder a una lógica institucional razonablemente homogénea y afín a nuestra cultura?

De lo segundo hay también mucho. Pareciera que, por ejemplo, los conceptos de “masas patrimoniales” y de “patrimonios separados” en el artículo 20 requirieren de una mayor maduración que aquella que tenemos realizada en la academia para que puedan introducirse a un texto legal positivo, o que debieran ser definidos más claramente por éste, antes que someterlos a una técnica jurisprudencial que tardará mucho tiempo antes de ofrecer certeza a los justiciables. La tendencia teórica se incrementa cuando se olvida que los enunciados de los preceptos han de servir para el entendimiento común de las personas, cuando en el artículo 173 se escribe “fumus” o en el artículo 174 se dice “periculum”.

Como colofón: ¿no habrá una inspiración académica inadecuada para la técnica legislativa cuando se multiplican los adjetivos en las reglas, como en el artículo 4° que expresa: “La dirección del procedimiento se encuentra confiada al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su **válido, eficaz y pronto** desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones **indebidas** a la **justa** solución del conflicto”? ¿O cuando, en lugar de establecer la garantía de la igualdad procesal del modo en que la consagra la Carta Constitucional, se relativiza el concepto al decirse en el artículo 5° que “el tribunal velará por mantener la igualdad de las partes en el proceso”? ¿O cuando el artículo 6° dispone que “el tribunal, de oficio o a petición de parte, adoptará durante el desarrollo del proceso todas las medidas que estime pertinentes para impedir y sancionar toda conducta u omisión que importe un fraude procesal, colusión o cualquiera otra conducta ilícita o dilatoria”, sin precisar el tipo de sanción eventualmente aplicable? ¿Es necesario emplear un precepto legal para establecer lo que no es dudoso en virtud de lo prevenido en el artículo 12 del Código Civil y de los principios generales de derecho: “Los sujetos no pueden acordar, por anticipado, dejar sin aplicación las normas procesales para un determinado proceso, salvo en el proceso arbitral y siempre que se respeten las normas del debido proceso” (artículo 13)?

Podrían citarse otros ejemplos.

VII. Críticas específicas

VII.1. Simplificación de la multitud de procedimientos judiciales

Parece perfectamente razonable que el "Proyecto de Código Procesal Civil" diseñe un procedimiento declarativo común, un procedimiento declarativo sumario, un procedimiento ejecutivo y escasos procedimientos especiales. Esta actitud se halla en línea con una crítica doctrinaria universal. Pero no resuelve el verdadero problema, que consiste en que el legislador tiende a diseñar una multitud de procedimientos privilegiados en una enorme cantidad de leyes especiales. La solución del problema no se encuentra, entonces, sólo en el perfeccionamiento de lo que ocurre dentro del Código Procesal Civil, sino en lo que acaece fuera de él. Pero el "Proyecto" da un primer paso. En la tramitación legislativa será menester, entonces, revisar todas las leyes especiales que contemplan procedimientos privilegiados, para conducir, conforme a su naturaleza, a uno u otro de los tipos básicos que contemple la nueva regulación. Si así no se procede, se mantendrá la dañina dispersión legislativa, que legitima expresamente el artículo 2° del Proyecto.

VII.2. Funcionamiento de los tribunales colegiados

El artículo 16 del Proyecto previene que "En el estudio, deliberación y adopción de sus decisiones, regirá en su máxima aplicación el principio de inmediación"; y agrega que "la deliberación será efectiva y no se limitará a la simple emisión del voto".

Con sano espíritu, se busca innovar en el funcionamiento tradicional de los tribunales colegiados, pero la técnica legislativa es inadecuada: en definitiva se dice poco, porque se busca decir mucho, sin decirlo y sin compatibilizar el precepto con las reglas que rigen los acuerdos que se hallan previstas en el Código Orgánico de Tribunales.

Es sano que la deliberación de los jueces sea efectiva y no se limite al voto; pero para lograr ese objetivo hay un solo mecanismo posible: establecer la publicidad del debate, de los acuerdos y del examen y aprobación de la redacción de los fallos, prohibir que tales conductas tengan lugar privadamente y sancionar con penas precisas y no eludibles las infracciones a esos deberes y prohibiciones; si no se procede de ese modo y no se logra una compatibilización de las normas orgánicas, puede expresarse con certeza y desde ya que lo que el Proyecto escribe será letra muerta.

VII.3. Iniciativa probatoria oficial

El artículo 19 establece que “el tribunal estará facultado para... 4° Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”.

Es ésta una cuestión que cobra especial trascendencia. ¿Qué ha de primar: el principio dispositivo que emana de la libertad natural de las personas y exige que sea de su responsabilidad la introducción de medios probatorios o la pretensión de que la verdad presunta establecida en el fallo coincida con la verdad fáctica real?

El debate debe hacerse con la debida profundidad entre nosotros; ahora bien, el precepto propuesto: (i) no aclara si el juez puede sólo limitarse a disponer lo necesario para aclarar o completar lo que resulta de un medio probatorio producido por la parte o si puede substituirse a la parte en la producción del medio probatorio; y (ii) no aclara si de esta facultad goza también la Corte de Apelaciones en segunda instancia, lo que no debiera ocurrir, desde que las partes no pueden producir pruebas –salvo la documental en casos muy excepcionales– en el segundo grado y parece absurdo conceder al órgano judicial una potestad de producción de pruebas que a las partes no se otorga en absoluto.

VII.4. Daños y perjuicios

Gravísima, dañina y de inspiración autoritaria me parece la regla del artículo 47: “Cuando la mala fe o la temeridad resultaren plenamente acreditadas, la parte y su apoderado podrán ser solidariamente condenados, además de las costas, al pago de los daños y perjuicios provocados a la contraparte, si hubiere mediado expresa petición en ese sentido antes del pronunciamiento de la sentencia”.

No quiero aquí detenerme sustantivamente en una cuestión que ha ocupado a las doctrinas alemana, desde antiguo, y española, italiana y argentina, últimamente, que es muy significativa, pero que excede lo que puedo escribir: la introducción de la buena fe procesal con otorgamiento de facultades altísimas a los jueces es un factor peligroso que concede potestades difusas y que pueden emplearse indebidamente por los magistrados.

Pero es que el Proyecto va mucho más allá de eso y genera dos juicios a la vez. En nuestro sistema, el ejercicio abusivo, bien de acciones, bien de conductas procesales, bien de la parte, bien del apoderado, concede al perjudicado la

posibilidad de ejercer acciones de responsabilidad civil extracontractual en proceso separado, cuyo objeto es, únicamente, ponderar reflexivamente si ha habido, o no, abuso de derecho. En cambio, lo que se propone es absurdo: juzgar definitivamente, a la vez que la cuestión de fondo, la conducta de la parte y de su apoderado. Esta directriz, emanada de una inspiración teórica, originará graves consecuencias. Por una parte, no es posible juzgar razonablemente, con el grado de detención y con los mecanismos reflexivos que merece, a la vez, la cuestión de fondo y la conducta de los sujetos procesales en el proceso. Por la otra, en la práctica, el juez tendrá una facultad exorbitante, de eventual ejercicio arbitrario, en medio de una interacción entre jueces y magistrados que suele ser tensa, de manera que el resultado previsible será la inhibición del abogado en el ejercicio de la facultad y deber de defensa en juicio. Nada puede ocurrir más grave que esto en un proceso judicial.

El Proyecto se inspira en una directriz autoritaria que se demuestra en otro precepto que, en la práctica real, puede ofrecer graves consecuencias y que se halla en el artículo 61: "Los actos jurídicos procesales deberán ser lícitos, pertinentes y útiles. Deberán ser realizados con veracidad y buena fe y tener por una causa un interés legítimo". Mal empleada la potestad de ponderación que al juez se confiere, esta regla puede culminar en la peligrosa e indebida restricción del ejercicio del derecho de defensa en juicio, disminuyendo –una vez más– la relevancia del rol del abogado; la lectura de estas reglas trae a la memoria los excesos del procesalismo de los regímenes hitleriano y soviético.

VII.5. Nulidad procesal

El artículo 118 N° 3 del Proyecto establece la causal genérica de nulidad procesal, que consiste en haberse prescindido de "normas esenciales del procedimiento", habiéndose causado "perjuicio" a quien la alega; de suerte que no hay nulidad procesal, incluso habiéndose causado perjuicio, si la regla procesal violada carece de carácter "esencial".

El principio es correcto: no hay nulidad procesal sin perjuicio; pero no es necesario agregar el adjetivo "esencial" a la norma de procedimiento infringida.

Desde luego, el precepto propuesto genera falta de certeza: ¿qué regla procesal es "esencial" y cuál es "no esencial"? Una frondosa jurisprudencia se abrirá sobre este punto, pero, en cualquier caso, permitirá siempre al juez obviar la nulidad procesal sobre la base del presunto carácter "no esencial" de la regla procesal infringida.

A la exigencia de la trascendencia basta con el concepto de "perjuicio" que define el artículo 119; es el legislador el que debe cuidarse de omitir el esta-

blecimiento de reglas legales “no esenciales”, esto es, debe omitir hablar con exceso, porque el legislador también debe administrar los silencios necesarios; de eso, se ha dicho ya, no se cuida el Proyecto.

VII.6. Implicancias y recusaciones

El artículo 134 mantiene la antigua normativa vigente entre nosotros, al establecer que “sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales”.

Es evidente tanto que la imparcialidad del juez es en todo caso exigible porque es requerida por la galanía constitucional del debido proceso y por las garantías judiciales mínimas previstas en tratados internacionales ratificados, como que el sistema de taxatividad de causales no se compatibiliza con esa exigencia, porque es posible que exista una situación de parcialidad de especificidad no previsible a priori por el legislador.

Esta materia, que ocasiona dificultades en la práctica, problemas que el Proyecto no tiene en cuenta, habiendo generado oficiosas y correctas declaraciones de inhabilidad de ministros de la Corte Suprema sobre la base de la garantía genérica del debido proceso, pero que no pueden invocarse por las partes, debe ser revisada.

VII.7. Prohibición de retiro de la demanda

¿Cuál es el objetivo práctico de la regla del artículo 154? En los hechos, es habitual que litigios hayan podido ser tratados privadamente e incluso resueltos concordadamente, como ha ocurrido en asuntos muy importantes, sobre la base del retiro de la demanda que no ha sido notificada, actuación que no involucra actualmente un desistimiento de la pretensión ejercida. ¿Qué sentido tiene rigidizar a las partes en los modos de resolver sus controversias? Se trata, otra vez, de una cuestión de inspiración teórica.

VII.8. Medidas cautelares anticipativas

Un progreso importante se advierte en la regla del artículo 172, que establece que “... el tribunal podrá decretar fundadamente medidas cautelares que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor, cuando se haya de temer que de no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión”, institución que nuestro actual ordenamiento procesal no contempla, salvo el caso del procedimiento sumario, que no ha

tenido aplicación práctica alguna. Sin embargo, el ejercicio de una potestad judicial de esta clase debiera subordinarse a la constitución de una caución real, como se dispone en el artículo 175, de cuantía proporcional al perjuicio posible, puesto que pueden provocarse daños de los cuales debe responderse eficazmente.

VII.9. Inimpugnabilidad de la resolución que fija los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos

Conforme al artículo 258 N° 6, en la audiencia preliminar el juez debe “fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, que deben ser probados...”. Como se sabe, se trata de una resolución absolutamente esencial en un procedimiento declarativo o de condena. El artículo 256 dispone que esta resolución no es apelable, “sin perjuicio de poder renovarse la discusión de las materias resueltas como fundamento del recurso de apelación que se deduzca en contra de la sentencia definitiva”.

Me parece que, en este caso, la pretensión de justicia rápida ha cedido frente a las necesidades de un debido proceso. La resolución que establece los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, presenta un carácter decisivo, si se tiene presente que son esos hechos los que han de ser probados en la audiencia de juicio y que su fijación y prueba provocan un efecto decisivo en la sentencia definitiva. Pocas dudas caben, entonces, en orden a que esa resolución debe ser apelable y que el recurso debe decidirse antes de la audiencia de juicio. Otra cosa es que a ese recurso pueda otorgarse una tramitación expedita. Pero no tiene sentido que esa fijación fáctica pueda ser objeto de apelación al impugnarse la sentencia definitiva; ya será tarde.

VII.10. Sentencia definitiva inmediata en la audiencia preliminar

El artículo 257 dispone que “si durante la audiencia preliminar... se hubiere determinado para su rendición únicamente prueba documental, el tribunal deberá dictar sentencia definitiva inmediata”.

Una vez más la pretensión de rapidez excesiva conspira contra los grados de reflexión que el juicio jurisdiccional exige. Es normal que en los juicios civiles y comerciales la prueba documental resulte decisiva y es igualmente posible que sea el único medio de prueba. Pero de ello no se sigue que la materia juzgada resulte fáctica o jurídicamente simple; al contrario, puede tratarse de una multiplicidad de documentos que deben ser ponderados detenidamente y ello es normal en una contienda civil o comercial. Exigir en este caso la sentencia inmediata, que no respeta los tiempos que las reflexiones requieren, llevará a una justicia eventualmente superflua, en que la redacción del fallo no es más

que un ejercicio de autojustificación, que no sirve al juez para corregir los errores en que haya podido incurrir en su primera aproximación al asunto.

VII.11. Distribución de la carga de la prueba

El artículo 265 dispone dos reglas en las que hay que poner especial cuidado: (i) “corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal exprese distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes”; y (ii) “el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder”.

Pocas dudas tengo en orden a que una alteración de esta magnitud en nuestro sistema de distribución de la carga de la prueba —que en realidad es una regla de juicio para resolver el dilema del *non liquet* en la sentencia definitiva— no ha sido debidamente meditada.

Desde luego, tratándose de una materia que tradicionalmente ha sido estudiada, en Chile, a propósito de la Teoría de la Prueba en el Derecho Civil sustantivo, no me parece que haya podido resolverse razonablemente sin el debido concurso de nuestros civilistas más reputados y el Mensaje sólo deja constancia de la intervención de procesalistas.

En similar orden de ideas, una alteración de tal trascendencia en nuestro sistema jurídico exige un examen profundo, de manera que sería deseable conocer los fundamentos y debates de los juristas que hayan intervenido en estas discusiones, para evaluar su solidez. El criterio distributivo que halla base en la titularidad del beneficio de la aplicación de la regla en que ha de subsumirse el hecho alegado es dudoso y no es el único que pueda decidir una materia de esta decisiva especie. Y la atribución de la facultad de asignación al juez, en virtud de criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, a más de exigir la dilucidación de una cuestión que a su vez es fáctica —disponibilidad y facilidad—, es muy opinable. La materia requiere de un debate profundo y transparente.

VII.12. Sana crítica

Como se sabe, el ordenamiento procesal civil vigente contempla un sistema que tradicionalmente ha sido calificado como “legal o tasado”, pese a que el

juez del fondo, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Suprema, goza de amplia latitud de apreciación, dentro de ciertos parámetros racionales mínimos, legalmente exigibles, denominados leyes reguladoras de la prueba. Consciente que se trata de una moda, no estoy en absoluto convencido que este sistema requiera ser alterado, porque la mutación puede conducir a un juicio jurisdiccional superfluo en el orden fáctico, que no es susceptible de un control racional eficiente y eficaz. La moda de la sana crítica puede, a mi juicio, ser considerada como un fetiche. Esta discusión debiera ser abordada, aunque, como ocurre con las modas, probablemente será omitida.

VII.13. Conclusiones de las partes

El artículo 308 dispone que “una vez rendida la prueba en la audiencia de juicio, las partes formularán, oralmente y en forma breve, dentro del tiempo que les indique el tribunal, las observaciones que les merezca la prueba, así como sus conclusiones, de un modo preciso y concreto, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por las demás”.

El legislador suele obviar la importancia del rol del abogado defensor de la parte, entregando al rol decisor del juez el protagonismo absoluto del juicio jurisdiccional. Es así que se ha anunciado recientemente un proyecto de ley que tiende a restringir, todavía más, la duración de los alegatos de los abogados ante las Cortes de Apelaciones, elogiado dicho proyecto por el Presidente de la Corte Suprema. Similar situación se ha producido con la Reforma Procesal Penal, en que las intervenciones de los abogados, en algunas Salas de Cortes, suele ser limitada notablemente, y a veces a extensiones absurdas, como, por ejemplo, tres minutos. La inspiración es antigua: por ejemplo, en materia de casación formal oficiosa, se omite frecuentemente el llamado a alegar a los abogados acerca de eventual vicio, expresándose que éste se ha advertido en el estado de acuerdo; y las sentencias se anulan y se dictan nuevos fallos enteramente diversos, sin que los letrados hayan sido oídos. Se trata de una tendencia autoritaria insana. El rol de los abogados para un juicio jurisdiccional justo es esencial y debe ser fortalecido. El Proyecto no sólo limita la exposición de conclusiones a duraciones que el juez puede fijar en la práctica arbitrariamente, sino que, además, otorga al juez la posibilidad de alterar la alegación natural, puesto que podrá esgrimir que el profesional no está exponiendo de manera precisa o concreta.

Me parece que esta reforma es inadecuada: un tiempo mínimo ha de ser establecido legalmente y la definición de los contenidos de sus alegaciones debe ser hecha por los abogados soberanamente, sin perjuicio de las aclaraciones que los jueces puedan requerir.

VII.14. La oportunidad de la dictación de la sentencia en la audiencia de juicio

El artículo 309 previene, en sus tres primeros incisos, lo siguiente: “Una vez concluido el debate en la audiencia de juicio, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando someramente los principales fundamentos tomados en consideración para adoptarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, o recayere sobre un punto de derecho de complejidad, cuya concurrencia fundamentará, podrá postergar la decisión del caso hasta el quinto día hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato el día en que la decisión será comunicada. El juez podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días contados desde la fecha de comunicación de su decisión, ampliables por otros cinco días por razones fundadas, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia, la que podrá efectuarse de manera resumida, con sólo las partes que asistan”.

No me parece conveniente la incitación del Proyecto a la dictación de sentencia inmediata al culminar la audiencia de juicio, ni su comunicación con antelación a la redacción del fallo, por las razones que he explicado previamente. La redacción de la sentencia debe servir al juez para ponderar las virtudes y errores de sus primeros razonamientos, en un diálogo interno con las normas jurídicas aplicables, con la doctrina y con la jurisprudencia, en relación con los planteamientos de las partes y con los hechos establecidos. En cambio, el Proyecto concibe la redacción del fallo como un acto de autojustificación de una decisión ya adoptada y comunicada. Este mecanismo, tratándose de controversias civiles y comerciales, usualmente complejas, conduce a una justicia superflua. Desde luego, puede estimarse que el juez ha de llegar jurídicamente preparado a la audiencia de juicio, pero cualquier abogado práctico y desde luego un magistrado experimentado y prudente, saben que, tras el examen de la prueba y de los planteamientos de las partes, el juez enfrenta un análisis nada simple, en que suele fallar de un modo distinto al que originalmente concibió. La justicia pierde, con el Proyecto, los grados de reflexividad que le son ineludibles.

VII.15. El recurso de apelación y la nulidad formal

¿Qué utilidad tiene que el Proyecto confunda en un solo medio de impugnación, que denomina recurso de apelación, la impugnación que es tal y aquella que conduce a la nulidad formal por infracción procesal? Se trata de dos instituciones recursivas históricamente diversas entre sí y que aprovechan una rica doctrina desarrollada en siglos de estudios jurídicos de notable profundidad. Confundir instituciones conduce a una mixtura en que las ideas

suelen extraviarse. Si ello presentare alguna ventaja, la propuesta podría atenderse. Empero, si alguna ventaja existe –frente a la confusión técnica–, el Mensaje no la expresa.

VII.16. Inimpugnabilidad de la sentencia de segunda instancia por causa de nulidad formal

La lectura de los artículos 352, 353 y 354, demuestra que el Proyecto prescinde de la inimpugnabilidad de la sentencia de segundo grado por causa de nulidad formal.

¿Qué sentido y qué ventaja se deriva de una ficticia presunción de derecho de regularidad formal del fallo de segundo grado? Una vez más, la pretensión de rapidez en la resolución del conflicto sepulta las exigencias más básicas del control de regularidad formal de los fallos. Si una multiplicidad de fallos anulatorios de la Corte Suprema demuestra que las Cortes de Apelaciones suelen obviar esas exigencias formales mínimas, ¿es que se pretende que un Proyecto transformará en necesariamente ajustados a las exigencias del debido proceso unos fallos que frecuentemente las omiten?

Me parece que esta abrogación presenta una extraordinaria gravedad, que esa experiencia concreta demuestra y que es más reprochable en un país en que las decisiones del Poder Judicial no se someten al control garantístico de un Tribunal Constitucional exógeno.

VII.17. El recurso extraordinario de competencia de la Corte Suprema

En esta materia, el Proyecto ofrece una muestra exótica.

La cuestión del rol institucional de la Corte Suprema la resuelve de una manera muy particular. Entre los fines de la casación, explicados por la necesidad de aplicación correcta e igualitaria de la ley y por el interés particular del litigante, los escoge a ambos, puesto que exige que se trate de una “sentencia notoriamente injusta” y concibe el arbitro como uno de “unificación de jurisprudencia”; pero, además, introduce el *cerciorati* propio del sistema norteamericano, en que la Corte Suprema es una institución cuyo rol es enteramente distinto al de nuestro sistema y que opera en un país federal, después de las Altas Cortes de los Estados, cada una de las cuales dispone de una notable calidad técnica, que no puede predicarse de las Cortes de Apelaciones de regiones de un pequeño país unitario.

Este collage carece de sentido.

Lo que se pretende es la eliminación del rol de casación propio de la Corte Suprema en nuestros sistemas jurídicos, que es el único que permite cautelar la operatoria efectiva de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

En efecto, el recurso extraordinario queda restringido de tres maneras: (i) la sentencia ha de ser “notoriamente injusta”; es decir, una sentencia injusta, pero que no lo sea de un modo “notorio”, no puede ser revisada por la Corte Suprema; ¿cuándo una sentencia es injusta de una manera “notoria” y cuándo es injusta de un modo “no notorio”?; es claro en qué terminará el sistema: en que los pleitos serán fallados por sentencias firmes en Cortes de Apelaciones; ¿asegura ello la vigencia concreta de la garantía de igualdad ante la ley, en un país en que la operatoria de las garantías constitucionales en los procesos judiciales no es controlada por el Tribunal Constitucional?; lo que se pretende es que el conflicto termine, rápido y de cualquier modo, pero que termine; (ii) el caso ha de revestir “interés público a juicio de al menos tres de sus ministros”; es decir, se aplica el *cerciorati* propio de un país desarrollado, de una enorme cantidad de habitantes, cuyos estados federados cuentan con Cortes Supremas de gran calidad técnica, a un país pequeño, no desarrollado y unitario; ¿en qué puede terminar esto que no sea en una aplicación anárquica y no igualitaria de la ley? y (iii) ha de tratarse de un caso en que “la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme”, o en que “la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí”, o en que “no existiere jurisprudencia sobre la materia” o en que “nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial”.

Recorrer las calles de cualquier sector de Nueva York suele ser para todos nosotros –probablemente también para los autores del Proyecto– una experiencia interesante, que queremos reiterar en todo momento, sabiendo que existe allí una notable Corte Suprema del Estado, y que en Washington se halla la Corte Suprema Federal, a la que puede arribarse en ciertos casos, previo *cerciorati*; pero, en lo que a mí concierne, tengo perfectamente claro que litigo en otro lugar y que los justiciables a que atiendo son miembros de otra Nación; esa claridad, al parecer, no ha acompañado a los autores del Proyecto.

El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno

Alejandro Romero Seguel

Profesor de Derecho Procesal

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

I. El concepto de parte en el proceso civil

1. Antecedentes generales

Hasta antes de culminar con el proceso codificador del proceso civil con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1902, rigió en plenitud la legislación procesal hispánica, principalmente la Tercera Partida del Rey Alfonso X el Sabio, y la Novísima Recopilación, sin perjuicio de regulaciones que de un modo parcial desde los primeros años de la República fueron regulando distintas cuestiones procesales: Decretos ley sobre juicio ejecutivo y concurso de acreedores, sobre implicancias y recusaciones, sobre fundamentación de las sentencias, sobre recurso de nulidad, todas promulgadas en 1837. Estos cuatros textos legales se denominan por los historiadores del derecho como Leyes Marianas, por la autoría que le atribuyen en ellas a don Mariano Egaña.¹

La codificación procesal civil en Chile se inició con don Mariano Egaña, quien, entre otros méritos, fue el primer autor de un proyecto de Código de Procedimiento Civil, en 1835.²

El Código de Procedimiento Civil es el resultado de varios intentos de codificación, iniciados en 1835, con la conformación de varias comisiones. El texto definitivo sería el resultado de la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, que inició sus labores el 10 de noviembre de 1900 y las terminó el 9 de enero

¹ Sobre el tema, cfr. BRAVO LIRA, Bernardino, "Los comienzos de la codificación en Chile: La codificación procesal", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, N° 9, 1983, pp. 191-210.

² Sobre este tema BRAHM GARCÍA, Enrique, *Mariano Egaña. Derecho y política en la fundación de la república conservadora*, Santiago, Centro de socios Bicentenario, 2007, pp. 200-237.

de 1902. El 13 de enero de 1902 se dio cuenta del informe de la Comisión Mixta y del correspondiente Proyecto, el cual pasó a ser promulgado mediante la Ley N° 1.552, de 28 de agosto de 1902, y cuya vigencia quedó establecida para el 1° de marzo de 1903, esto es, comenzó su vigencia con el inicio del año judicial.³

Nuestro legislador denominó a este cuerpo como Código de Procedimiento, igual que el francés de Napoleón (de 1806), separándose así de la terminología hispana, que denomina al mismo cuerpo como Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1855 y 1881), o de la designación alemana, que es la de Ordenanza Procesal Civil alemana (de 1877). Nuestros legisladores estimaron que la voz enjuiciamiento resultaba restrictiva a los asuntos contenciosos, y por lo mismo, les pareció mejor utilizar la expresión Código, para abarcar al mismo tiempo los asuntos de jurisdicción contenciosa como voluntarios.

En cuanto a las fuentes de inspiración, tradicionalmente se indica a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, y su posterior modificación, que es de 1881. En sus antecedentes remotos, los códigos latinoamericanos recogen el modelo de enjuiciamiento romano-canónico.⁴ Dentro de los antecedentes remotos, especial influencia tiene la Partida Tercera, promulgada en el siglo XIII, y en menor medida, los otros cuerpos de derecho indiano que regían nuestros procedimientos antes de la codificación.

La legislación anterior pretende ser sustituida completamente, habiéndose dado inicio a un proceso de reforma del proceso civil, que se encuentra en plena ejecución. Un hito importante en este cambio ha sido la elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Civil. Dicho documento fue elaborado por el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Según se lee en su presentación, él reconoce la existencia de un trabajo previo de diversos académicos, magistrados y funcionarios del Ministerio de Justicia. De igual forma, se afirma que “en el texto de este anteproyecto

³ Durante su siglo de vigencia, el CPC ha sido objeto de varias reformas, algunas de ellas de gran entidad, como es el caso de la Ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1944. Esta ley facultó al Presidente de la República para editar una nueva edición con una nueva numeración correlativa, pero dejando constancia del articulado primitivo u original. Esta modificación explica por qué la actual numeración está acompañada de un número entre paréntesis. Lo anterior tiene relevancia práctica para examinar las Actas de la Comisión Mixta, que en muchas ocasiones aportan elementos de interpretación histórica sobre el alcance de ciertos preceptos del CPC.

⁴ VÉSCOVI, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México: UNAM, 1978, p. 7). Sin perjuicio de lo anterior, en este siglo algunos países hispanoamericanos han ido modificando la influencia hispánica, incorporando elementos doctrinales tributarios de otros modelos procesales. Algunas notas sobre este punto, cfr. DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, “El derecho Procesal Civil alemán y su irradiación en otros ordenamientos jurídicos”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 4, 1989, pp. 509 ss.

se han tratado de recoger los principios contenidos en las Bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile, elaboradas por el Departamento de Derecho Procesal de la referida Facultad,⁵ y en el informe de Reforma a la Justicia Civil, elaborado por el Foro Procesal Civil.

En lo que sigue examinaremos algunos aspectos técnicos relativos a la regulación de las partes y a la intervención de terceros, comparando nuestro más que centenario Código de Procedimiento Civil con las propuestas que el Proyecto de Código Procesal Civil quiere introducir en esta materia.

Quiero dejar constancia que aunque el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil, enviado al Parlamento en mayo de 2009, alude al Foro Procesal Civil como instancia técnica en la elaboración de la nueva normativa, en rigor ello no es así para el tema que aquí analizaremos. Para comprobar lo anterior basta comparar la redacción del Anteproyecto con la del Proyecto de 2009, donde se advierte que no se contienen algunas de las observaciones que miembros del Foro realizaron sobre el particular.

2. La regulación de las partes en el Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil reguló el tema de las partes y de la intervención de terceros en su Título III, denominado como “de la pluralidad de acciones o de partes”.

Producto de su época, y de la ausencia de modificaciones legales que lo hayan puesto al día, el CPC se quedó desfasado en relación a varias instituciones procesales relativas a las partes. En tal sentido, los defectos más evidentes son: 1°) no regula el presupuesto procesal de la capacidad de las partes, ignorando la compleja problemática que surge en relación a la capacidad de los entes corporativos sin personalidad jurídica; 2°) no contempla el fenómeno del cambio o sucesión de parte por disolución o fusión de personas jurídicas; y 3°) no aborda los problemas procesales que genera el Estado como parte procesal, salvo en lo que respecta al juicio de hacienda.

Tampoco utiliza la nomenclatura que modernamente se ha impuesto en la doctrina y derecho comparados.

⁵ La comisión para la elaboración de las Bases estuvo integrada por los académicos Juan Agustín Figueroa, Raúl Tavorari, Davor Harasic, Juan Carlos Marín, Raúl Núñez y Cristián Maturana y por los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores Rodrigo Romo y Rodrigo Zúñiga. Se reconoce la actuación como secretarios de los académicos Matías Insunza y Cristóbal Jimeno.

3. La propuesta del Proyecto de Código Procesal Civil de 2009

El Proyecto de Código Procesal Civil enviado en mayo de 2009 en relación al tema de las partes presenta una serie de cambios que se pueden resumir en los siguientes puntos:

a) Dedicar el Título IV a reglamentar a “las partes” (arts. 19 al 34) y en el Título VI a la “intervención de los terceros”, declarando que “son partes en el proceso, el demandante, el demandado. Asimismo, lo serán los terceros en los casos previstos por la ley, cuya intervención sea aceptada por el juez”.

b) Se incorpora una norma sobre la capacidad de las partes (art. 20), incluyendo al concebido y no nacido y a los entes sin personalidad jurídica como sujetos procesales.

c) Se ocupa de regular la pérdida de la capacidad y la sucesión procesal (arts. 21 y 25).

d) En el Título V el Proyecto de Código Procesal Civil regula el litisconsorcio. Allí se introduce por primera vez la figura del litisconsorcio distinguiendo al efecto entre el facultativo y el necesario.⁶ Respecto de este último el art. 35 dispone

⁶ Ha utilizado expresamente esta expresión la sentencia de la CS, 26 de abril de 2006. Rol 5242-2004. Con ocasión de un recurso de casación en el fondo, nuestro máximo tribunal se ha detenido a precisar una serie de cuestiones procesales sobre el derecho de acción. En primer lugar, parte por definir a la acción como un derecho subjetivo autónomo, dirigido a obtener una determinada resolución jurisdiccional favorable a la parte reclamante (C° 9). Acto seguido, puntualiza la función que tiene dentro la legitimación, a la que estima como una condición de la acción. Según la Corte Suprema, si el tercero legitimado no ha sido emplazado, los jueces del fondo no pueden declarar esa ineficacia jurídica, para no afectar la garantía constitucional del debido proceso. Para llegar a la declaración anterior la sentencia acepta una distinción en torno a la legitimación. Según el número de sujetos, la doctrina distingue entre legitimación individual y legitimación conjunta. La primera es aquella que se confiere al titular de un derecho subjetivo o interés legítimo por ser titular del mismo, para poder impetrar tutela jurisdiccional sin el concurso de otros sujetos; en cambio, la legitimación conjunta es la que corresponde mancomunadamente a un grupo de personas, activa o pasivamente, dando vida al litis consorcio necesario. Aunque este fallo se debe sumar a otros de nuestros tribunales, que habían sancionado la misma doctrina jurídica, el mérito de esta decisión radica en la utilización rigurosa de las categorías procesales para fundamentar su conclusión, al punto de utilizar explícitamente en una sentencia de la Corte Suprema la expresión *litis consorcio necesario impropio*, tal como se lee en el considerando decimosexto. En el considerando decimosexto se justifica lo anterior indicado que “(...) en el caso sub lite pudo darse lo que en doctrina se denomina litis consorcio o acumulación subjetiva, es decir, la concurrencia de pluralidad de partes activas o pasivas. Existió tal posibilidad de un litis consorcio pasivo necesario impropio, es decir, que la naturaleza de la relación jurídica determina que el asunto controvertido debe ser resuelto a través de una decisión única por el juez. Así la actora debió accionar no sólo en contra de Cooperativa Rural Eléctrica Llanquihue Ltda., sino que necesariamente además en contra de Ondavisión...(...) por encontrarnos ante un caso de litis consorcio pasivo necesario”. La Corte Suprema, con este fallo ha reconocido jurisprudencialmente lo que en otros ordenamientos hace bastante tiempo era una realidad positiva, al admitir que en casos concretos existe una necesidad jurídica que varios sujetos participen obligatoriamente en un proceso para poder fallar en el fondo del conflicto.

que "cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia (litisconsorcio activo) o el emplazamiento (litisconsorcio pasivo) de todos los interesados, aquéllos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal".

e) Se reconocen al tribunal facultades para que en el caso de litisconsorcio necesario activo, si no hubieren comparecido todos los interesados, el tribunal no dé curso a la demanda hasta tanto no se cumpla ese requisito. La misma facultad tendrá tratándose del litisconsorcio necesario pasivo, mientras la parte actora no proporcione los datos necesarios para que todos los litisconsortes puedan ser emplazados en forma legal (art. 36).

En relación al litisconsorcio voluntario, el Proyecto opta por denominarlo como litisconsorcio facultativo. Según la propuesta esta figura se puede dar en la siguiente hipótesis: "dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, sea activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto de manera que la rendición de pruebas sea un objetivo preferentemente común para ellas o cuando la sentencia a dictarse con respecto a una pudiera afectar a la otra". "Los litisconsortes facultativos, salvo disposición legal en contrario, serán considerados como litigantes independientes". "Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican la situación procesal de los restantes, sin que por ello se afecte la unidad del proceso" (art. 37). Luego, en el art. 50 el Proyecto repite la misma idea al regular la acumulación de acciones, disponiendo que "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir". "Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos".

Si se compara la propuesta del Proyecto con la regulación del Código de Procedimiento Civil se aprecia un avance. La utilización de un lenguaje procesal que nos homologue con el léxico imperando en la doctrina extranjera y en el derecho comparado es un aporte considerable.

Con todo, es de justicia reconocer que en algunas partes la propuesta legislativa ya había sido subsanada por la jurisprudencia, conforme pronto se explicará.

Por otra parte, en el tratamiento de la capacidad procesal el hecho que se quiera incorporar a la regulación procesal este tema también es un logro, aunque perfectible por varias razones.

Ahora, hay varios aspectos del Proyecto, en relación al tema que nos ocupa, que deben ser suprimidos o a lo menos mejorados en su técnica legislativa.

En lo que sigue abordaremos algunos de estos puntos, sin pretender agotar una temática que es rica en matices.

4. El concepto de parte

El CPC no definió quienes son parte, dejando este tema a la explicación de la doctrina y de la jurisprudencia.

Múltiples son las definiciones y aportaciones doctrinales encaminadas a determinar quiénes son los sujetos de la relación jurídico-procesal, esto es, los que actúan como sujetos activos y pasivos, o que, frente a los anteriores, tienen la calidad de terceros. La tendencia procesal mayoritaria reitera que la calidad de parte se adquiere, en principio, sin referencia al derecho sustancial, por el solo hecho de proponer la demanda ante el juez.⁷

Llenando el vacío de nuestro Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema ha señalado que *"el concepto de parte (...) corresponde a la única o a cada una de las distintas personas que entablan la demanda o gestión judicial o que tienen el carácter de demandados; y por consiguiente, partes son los sujetos de la relación jurídica procesal que se va a desenvolver en el pleito, o dicho en otros términos, los que son sujetos activos o pasivos de la demanda."*⁸

En la doctrina en esta materia ha tenido gran difusión y aceptación el concepto de Chioyenda y el de Calamandrei. Para el primero "es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandado) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada".⁹ Como lo explica Calamandrei, se llama partes a los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios que compiten entre sí para la obtención de una victoria: en un duelo, en un torneo caballeresco, en una competición gimnástica, en una lucha política de partidos o facciones.¹⁰

⁷ Coinciden en esta idea, entre otros, ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tr. de la 5ª ed. alemana: Ángela Romera, Buenos Aires: E.J.E.A., 1955, T., I, p. 211; SCHÖNKE, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, tr. Leonardo Prieto-Castro, Barcelona: Bosch, 1950, p. 85; GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, tr. L. Prieto-Castro, Buenos Aires: Labor, 1936, p. 191; PICARDI, Nicola, *Manuale del Processo Civile*, Milán: Giuffrè Editore, 2006, pp. 125-126.

⁸ CS, 16 de octubre de 1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, p. 276. En nuestra doctrina, sobre el tema, MALDONADO BAHAMONDES, Joseph, *Concepto de parte y capacidad procesal*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile: Editorial Universitaria, 1960.

⁹ CHIOYENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tr. de la 3ª ed. italiana José Casais y Santaló, Madrid: Reus, 1922. t. II, p. 6. Este concepto goza de gran aceptación en doctrina, entre otros, lo siguen, MONTERO AROCA, Juan, "Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación", en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona: Bosch, 1981, p. 350; GUARNERI, José, *Las Partes en el Proceso Penal*, tr. Constancio Bernardo de Quirós, México: (Puebla) José M. Cajica, 1952, pp. 41-42.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código*, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1962, vol., II, p. 293.

5. La relevancia jurídica de la calidad de parte

La calidad de parte permite ejercer los derechos y cumplir con las cargas o las obligaciones en la relación procesal donde se adquirió esa condición.

Constituye un axioma del proceso civil informado por el principio dispositivo, que los actos de alegación, prueba e impugnación deben ser ejecutados por las partes.

Asimismo, dicho atributo es esencial para el funcionamiento de una serie de instituciones procesales, tales como: la cosa juzgada, la litispendencia, la acumulación de autos, el pago de las costas, la legitimación para impugnar, el derecho a obtener la inhabilitación por falta de imparcialidad de los jueces, testigos y peritos.

6. El principio de dualidad de parte

El proceso civil contencioso presupone la existencia de dos partes. Esto significa que la relación jurídica procesal se desarrollará entre dos partes.

Ahora, cada parte puede estar constituida de una o muchas personas,¹¹ tal como ocurre en las distintas manifestaciones que tiene la figura del litisconsorcio.

Tampoco se quiebra esta dualidad cuando a la relación procesal ingresa un tercero, dentro de las variadas hipótesis que admite el fenómeno de la intervención en juicio, conforme pronto se explicará.

Asimismo, esta dualidad se mantiene inalterada aunque no exista entre las partes efectivamente una controversia entre ellas, por ejemplo, por haberse el demandado allanado a la demanda.

La necesidad de contar siempre con dos partes se explica porque en el proceso civil contencioso¹² la relación jurídica debe ser trabada entre personas concre-

¹¹ El tema de la "pluralidad de partes" en doctrina no es una materia pacífica. Sobre el principio de dualidad de partes, entre otros, cfr., PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Aranzadi, 2ª ed. 1985, T. I, pp. 233-236; MONTERO AROCA, Juan, *La Intervención Adhesiva Simple, Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, Barcelona: Hispano Europea, ob. cit. p. 5; QUINTERO DE PRIETO, Beatriz, "Proceso con Partes Plurales", en *Revista de Estudios Procesales*, N° 33 (1980), Rosario, Argentina, pp. 67 y ss. En la doctrina procesal italiana el gran defensor de la pluralidad de partes ha sido REDENTI, fundamentalmente en sus trabajos "*Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano)*", en *Archivio Giuridico*, 1909, vol. 79, 1-3; *Il giudizio civile con pluralità di parti*, (Milano, 1960), (la primera edición es de 1911 y la de 1960 es una reimpression); *Profili Pratici del Diritto processuale civile*, 2ª ed. (Milano, 1939), pp. 247 ss., 179 ss., 237 ss., y 251 ss.

¹² La dualidad de partes constituye un elemento distintivo de la jurisdicción contenciosa que la

tas y determinadas. Como regla general, no se puede iniciar un proceso civil contencioso en contra de personas indeterminadas; la demanda debe ser dirigida individualizando tanto al sujeto que la deduce como en contra de quien se dirige, para evitar que no surja una relación procesal defectuosa (art. 254 N°s 2 y 3 CPC).

Lo anterior no obsta para que en ciertos casos la acción se intente para proteger los derechos e intereses legítimos de sujetos indeterminados, tal como ocurre con la defensa del derecho a la vida del que está por nacer (art. 75 CC); para evitar un daño contingente que amenace a personas indeterminadas (art. 2333 del CC); o en los casos de acciones populares o de acciones para la protección de los intereses colectivos o difusos, entre otros.

Sólo en situaciones excepcionales se admite que el sujeto pasivo de la relación procesal pueda quedar indeterminado. Un ejemplo de ello se puede presentar en materia de recurso de protección de garantías constitucionales, específicamente cuando el ilícito constitucional proviene de una agresión o amenaza a la integridad física o psíquica de las personas y el infractor no se puede determinar (art. 19 N° 1 CPR). En tal contingencia se ha permitido que dicha acción pueda ser deducida contra sujetos indeterminados, para no dejar al afectado sin protección jurisdiccional.¹³ Ahora bien, con el objeto de recabar los antecedentes que sean necesarios para restablecer el imperio del derecho, la Corte de Apelaciones respectiva puede pedir informe a otros sujetos u órganos públicos.

Por último, como las partes deben ser necesariamente dos, tampoco es factible que una misma persona pueda al mismo tiempo ser demandante y demandado.¹⁴ No se concibe la presentación de una demanda contra sí mismo, ni siquiera cuando se tiene la calidad de representante de otra persona.

diferencia de la jurisdicción voluntaria. Tal como se explicó, en esta última se acude al juez como un sujeto dotado de autoridad y potestad jurídica, para documentar la existencia de hechos, crear, modificar o extinguir derechos en una variada serie de estados y situaciones jurídicas. En la jurisdicción voluntaria existe un solicitante que requiere la intervención del órgano jurisdiccional en aquellos casos que la ley lo establece.

¹³ Sobre el tema, RÍOS ALVAREZ, Lautaro, "La acción de protección en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 53, 2008, pp. 158-160.

¹⁴ Esta situación no se da en los denominados procesos o juicios universales, que se utilizan como instrumentos para dar respuesta a conflictos vinculados a un patrimonio universal (*universitas rerum*) o a un conjunto de bienes y derechos como una unidad. En ellos se puede adquirir al mismo tiempo la calidad de demandante y demandado. El ejemplo más típico se da en la partición de bienes.

7. Algunas puntualizaciones sobre el concepto de parte

El viejo Código de Procedimiento Civil no contempló una serie de puntualizaciones sobre el tema de las partes, pero que no impidieron aceptar como válidas las siguientes premisas:

1ª) Que la calidad de parte en la relación procesal se da aun cuando el sujeto del proceso se manifieste distinto del que tiene la vinculación con el derecho sustancial. Como consecuencia de lo anterior, es posible que en un proceso la demanda se proponga por quien o contra quien no sea el sujeto legitimado activa o pasivamente. En la jurisprudencia este rasgo ha sido admitido por la Corte Suprema en la sentencia de 25 de julio de 1941, al declarar: 3.º *Que (...) para los efectos procesales, no hay ningún interés en determinar si los sujetos de la relación procesal, esto es, las partes de la litis, son los titulares del derecho o la relación jurídica sustancial que en ella va a discutirse, o la forma, cómo la sentencia los va a declarar afectados, supuesto que aun puede el actor no tener derecho alguno, sobre lo cual decidirá el fallo, y no por eso deja de ser parte en la causa; 4.º Que igualmente y para los efectos de determinar las partes en un proceso, es de todo punto de vista inútil investigar el interés que les mueve a obrar, como quiera que puede haber interesados que queden extraños al pleito, esto es, que sean terceros, y partes que obren a nombre propio por un interés ajeno, como un acreedor, por ejemplo, que ejercita las acciones de su deudor".¹⁵*

Aunque en la mayoría de los casos la calidad de parte puede coincidir con la de los titulares de la relación jurídica sustancial, en torno a la cual se suscita la disputa que conforma el objeto del proceso, ello no es estrictamente necesario para el correcto desenvolvimiento del proceso. Un caso típico en tal sentido se da con la acción que en interés de la moral o de la ley puede deducir un tercero para que se declare la nulidad del matrimonio celebrado entre parientes, sin respetar los impedimentos que surgen del parentesco por afinidad o consaguinidad (arts. 6º y 46 letra e) de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947). En ese evento, aunque el actor no sea parte en el contrato sí tiene dicha calidad en la relación procesal. Siguen la misma lógica las acciones que terceros afectados con la celebración de ciertos actos o contratos deducen impugnando sus efectos, con el fin que se declare su nulidad, inoponibilidad, etc.

¹⁵ CS, 25 de julio de 1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, p. 128. Reitera la misma idea la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de 6 de mayo de 1993, al señalar: "3º Que en todo proceso se distinguen con claridad dos tipos de relaciones jurídicas. La primera es procesal y liga a las partes con el tribunal, con el objeto de que el proceso cumpla con sus fines, y la segunda, sustancial o material, pues dice relación con el derecho de fondo que invoca el actor en su demanda en contra del demandado".

"La relación procesal se vicia por el fallo de los presupuestos procesales, como la jurisdicción, competencia absoluta, capacidad procesal o por algún defecto que anule el procedimiento, pero no sufre daño por algún vicio que pudiere tener la relación jurídica sustancial, que es autónoma de la primera" (C. de Ap. de Santiago, 6 de mayo de 1983, RDJ, t. LXXX, sec. 2ª, p. 41).

2ª) Que la calidad de parte de la relación procesal la puede adquirir toda persona que tenga capacidad procesal, aunque carezca de legitimación activa o pasiva. La falta de legitimación no afecta la validez de la relación procesal, atendido que se trata de una *condición de la acción*. Por esta misma razón, aunque el demandado no sea el sujeto legitimado, deberá cumplir con las obligaciones y las cargas procesales en dicho proceso, para evitar las consecuencias desfavorables que podrían surgir en su contra.

3ª) Que adquiere la calidad de parte el litigante rebelde, esto es, aquel demandado que adopta una actitud pasiva después de ser emplazado válidamente al juicio.

4ª) Que la calidad de parte la adquiere el representado y no el representante. Por lo mismo, el abogado no es parte en el proceso.¹⁶

5ª) Que también pueden adquirir la calidad de parte los terceros que voluntaria o forzosamente intervengan en un proceso pendiente. Ahora, los derechos que pueden ejercer en la relación procesal dependen del tipo de intervención que haya permitido su participación.

6ª) Que no se debe confundir la calidad de parte con la litispendencia. Tal como se ha explicado, la litispendencia es un estado procesal que en nuestro sistema se produce con el emplazamiento del demandado.¹⁷ Por lo mismo, la calidad de parte se adquiere antes que en la relación procesal exista el estado de litispendencia.

8. Determinación de las partes en un proceso

El Código de Procedimiento Civil no señala quién tiene la calidad de parte, ni tampoco cómo se adquiere tal condición en la relación procesal. Para esclarecer esta omisión se debe aplicar la precisión teórica, comúnmente admitida, que postula que la calidad de parte se adquiere por el solo hecho de proponer una demanda ante un juez, o por el solo hecho de figurar como demandante o demandado en el proceso.¹⁸

¹⁶ C. Ap. de Valdivia, 14 de mayo de 1926, RDJ, t. XXIII, sec. 2ª, p. 82.

¹⁷ CS. 27 de mayo de 1998, RDJ, t. XCIV, sec 5ª, p. 92.

¹⁸ Entre varios, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Intervención de terceros en el proceso", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Ariel, 1969, p. 207 y en su trabajo "Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", en *Justicia* 87, N° II, p. 290; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona: J.M. Bosch, T., I, 1992, 5ª ed. p. 309; CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., vol., II, p. 297; ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., T. II, p. 211; LIEBMAN, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. de la 4ª ed. italiana: Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1980, p. 142; ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, "Puntualizaciones relativas al concepto de parte", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1983, N° 1, pp. 103-134; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, Torino: Giapichelli, 2001, p. 174.

El Proyecto salva expresamente esta omisión en el art. 19, en los términos antes indicados.

Con todo, la regla anterior describe la situación de normal ocurrencia en un proceso civil, donde las partes quedan determinadas en el escrito de demanda. Lo frecuente será que la relación procesal concluya con esos sujetos, ya sea de un modo normal (la sentencia) o en forma anormal (por ejemplo, con el abandono del procedimiento).

No obstante lo anterior, también es factible que en la relación procesal se produzcan algunas modificaciones, a través de las cuales otros sujetos distintos del demandante o demandado pasan a adquirir también la calidad de parte. En una descripción general, esta ampliación subjetiva se vincula con alguna de las siguientes instituciones:

a) La intervención de terceros

La intervención procesal designa a realidades jurídicas muy disímiles, teniendo como factor común que un tercero, hasta entonces ajeno al proceso pendiente, entre a participar en él junto a las partes originarias. Delimita muy bien el contenido de esta institución la definición de Calamandrei, al señalar que la intervención es “la sobreviniencia de otras partes durante un proceso iniciado sin ellas”.¹⁹

b) La sucesión procesal o cambio de parte

La sucesión o cambio de parte se produce cada vez que uno de los sujetos originales deja de ocupar su sitio en el proceso y es reemplazado por otro sujeto en la relación procesal.

c) El litisconsorcio derivativo

Según su origen, el litisconsorcio puede ser originario o derivativo. El originario es aquel que se presenta desde el inicio de la relación procesal; en cambio, el litisconsorcio derivativo o sucesivo surge después de iniciada la relación procesal, cuando el objeto del proceso se amplía sobrevenidamente por una acumulación de acciones. El caso más típico se produce cuando se decreta una acumulación de proceso por alguna de las causales previstas en el art. 92 del CPC, en cuanto ello suponga una ampliación subjetiva del objeto del proceso.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Edil. Jurídica Europa-América, ob. cit., p. 313.

II. La intervención de terceros en juicio

9. La base dogmática de la intervención de terceros en la relación procesal

Tradicionalmente se ha definido al tercero en forma negativa, esto es, como aquel sujeto que no es parte de la relación jurídica.

Sin embargo, en el ámbito procesal surge la necesidad de delimitar positivamente el concepto, básicamente, para resolver una serie de problemas que se presentan en relación a los efectos que una sentencia puede provocar en la situación jurídica de ciertos terceros.

Para concretar lo anterior en el campo teórico se propone distinguir entre tercero en sentido metajurídico o vulgar y tercero en sentido técnico.²⁰

i) Tercero en sentido metajurídico o vulgar son todas aquellas personas a las que no alcanzan, ni podrían alcanzar en ningún caso, los efectos directos o indirectos del litigio. Todas estas personas que no tienen ninguna relación con los derechos de que en el proceso se trata, no están –ni necesitan estar– protegidas por el ordenamiento jurídico, ni siquiera éste ha de tenerles en cuenta, precisamente porque, por ser ajenos al litigio, no tienen ningún interés en él. Y sin interés la protección no es posible ni necesaria. A estas personas podrá llamárseles como ajenos o extraños al proceso.

ii) Terceros en sentido técnico son aquellos que, sin ser parte, se encuentran respecto del objeto del proceso o de los derechos que en él se ventilan en una determinada relación que el ordenamiento procesal considera o debe considerar en alguna hipótesis de *intervención*. En torno a este sujeto se debe contemplar algún mecanismo para hacer valer los derechos que son inherentes a su calidad.

Ahora, la forma de implementar la intervención de los terceros en sentido técnico admite varias soluciones, que, en general, buscan responder a la variedad de situaciones en las que este sujeto se puede encontrar respecto de los efectos de la cosa juzgada. Sobre el particular la doctrina ha propuesto distinguir:²¹

²⁰ En esta explicación seguimos a FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *La tercería de dominio*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1980, pp. 255-256.

²¹ Entre otros, han sistematizado esta materia MONTERO AROCA, Juan, *La Intervención Adhesiva Simple, Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, ob. cit., pp. 189-190; *La Legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, pp. 75-76; LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás,

1º) Terceros a los que el contenido de la sentencia que se pronuncie en el proceso entre las partes puede ocasionarles algún perjuicio en su situación jurídica, ya sea de hecho o jurídico.

2º) Terceros que por ser titulares de una relación jurídica-material conexas o prejudicial con a lo menos una de las partes, la sentencia que se dicte en el proceso actuará como un hecho jurídico constitutivo, modificativo o extintivo de su derecho o interés legítimo.

Esta situación se vincula con lo que la moderna doctrina civil conoce como contratos conexos. En términos generales, la figura del contrato conexo ha servido para resolver los problemas de actos o contratos que no obstante estar celebrados separadamente buscan un determinado fin económico compartido entre un grupo de personas naturales o jurídicas. Existen áreas de negocios donde los ejemplos de cadenas de contratos son indiscutidos, como ocurre, entre otros casos, en materia de suministro energético. Para que exista esta categoría se debe dar un nexo entre un grupo de contratos al punto que lo que suceda en uno repercute necesariamente en los otros contratos coligados o conexos.²²

3º) Terceros que puede ser titulares de la misma relación jurídica que ha sido deducida por una de las partes en el proceso.²³

4º) Terceros que puede ser titulares de una relación jurídica incompatible con la que es objeto del proceso entre las partes (por ejemplo, el tercero es el propietario de la cosa cuyo dominio controvierten el demandante y el demandado en el proceso pendiente).

La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1990, pp. 9-268; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La tutela judicial del tercero*, Madrid, Editorial Difusa, 2005, pp. 25-351.

²² En nuestra doctrina el profesor Pizarro Wilson ha profundizado en esta situación jurídica, señalando que "el contrato actualmente sobrepasa las relaciones entre las partes contratantes. La imbricación de las relaciones contractuales coloca en relación a las partes y terceros y al fijar la aplicación del estatuto contractual de manera exclusiva, las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil son fundamentales". El mismo autor concluye que "las cadenas de contratos presentan una estructura lineal y los miembros detentan una doble calidad jurídica al interior de la cadena". Sobre el tema, PIZARRO WILSON, Carlos, "El efecto relativo de los contratos: partes y terceros", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007 (A. Guzmán B. coord.) pp. 551-567; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Las cadenas de contratos o contratos coligados", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 19 (1998): "Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado", pp. 159; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, "El efecto relativo en los contratos conexos", en *Nuevas Tendencias del Derecho*, (VV. AA.), Santiago, Editorial LexisNexis, 2004, pp. 67-81; BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, "Los contratos conexos", en la misma obra colectiva anterior, pp. 329-350.

²³ Un ejemplo de esta situación se da en el art. 133 bis de la LSA. Los socios que no demandaron ejerciendo la acción derivativa les interesa el resultado del proceso iniciado por el socio o los socios –que reúnan el 5% de las acciones emitidas– o el director de la sociedad.

En el terreno de los principios, cada uno de estos terceros debería contar con algún instrumento procesal que permita lograr, según el caso, alguno de los siguientes objetivos:

i) Que estos terceros puedan ejercer su derecho de defensa en el proceso pendiente, cuando son portadores de un interés que legitima jurídicamente su actuación en la discusión que conforma el objeto del proceso; y

ii) Para vincularlos con los efectos de la sentencia que se pronuncie en una determinada relación procesal, admitiendo, según el caso, su intervención voluntaria o provocada.

El punto de partida en este tema proviene de la revisión a que ha sido sometido el dogma tradicional contenido en el *Digesto*, que proclama que la cosa juzgada al tercero ni le perjudica ni le aprovecha (*res judicata tertio neque nocet neque prodest*).²⁴ Por distintas razones tal postulado ha sido replanteado, invitando a reconocer que en ciertos casos la situación jurídica de los terceros no queda amparada por el efecto relativo de la sentencia judicial consagrado en el art. 3° inc. 2° del Código Civil.

Como los efectos de una sentencia judicial en ciertos supuestos pueden incidir en la situación jurídica del tercero, aparece la necesidad que ellos adquieran voluntaria o forzosamente la calidad de parte en un proceso pendiente.

Dicho de otra forma, se trata de situaciones donde una determinada decisión judicial actúa frente al tercero como un *hecho jurídico*, que provoca algún efecto directo o reflejo que el ordenamiento procesal no puede eludir.

10. Breve referencias de derecho comparado

La intervención procesal designa a realidades jurídicas muy disímiles, teniendo como factor común que un tercero, hasta entonces ajeno al proceso pendiente, entre a participar en él junto a las partes originarias.

En la doctrina y legislación coexisten dos orientaciones sobre el contenido que se debe dar al derecho de los terceros a participar en procesos pendientes.

²⁴ La CS ha resuelto en decenas de sentencias que el efecto de cosa juzgada no puede hacerse extensivo a personas que no tomaron parte en la relación procesal por no haber sido legalmente emplazadas. (CS. 24 de agosto de 1939, RDJ, t. XXXVII, sec. 1ª, p. 229; CS. 29 de mayo de 1951, RDJ, t. XLCVIII, sec. 1ª pp. 139; 31 de agosto de 1992, RDJ, t. XXCIX, sec. 1ª, pp. 136).

Según la iniciativa a participar en el proceso, se distingue entre intervención voluntaria e intervención provocada (también denominada como forzada o coactiva). En la voluntaria el tercero legitimado concurre libremente al proceso en curso para defender sus derechos o intereses; en la intervención provocada, en cambio, el tercero deviene al juicio a petición de parte o del juez, bajo la amenaza de producirse en su contra algún efecto jurídico si no comparece a dicho proceso.

A lo anterior hay que agregar el mecanismo de comunicación para que los terceros tomen conocimiento de la existencia del proceso y procedan a ejercer sus derechos, dependiendo de su situación jurídica y el grado de vinculación que tengan con el objeto del proceso.²⁵

Con el ánimo de ilustrar la variedad de opciones técnicas que permite este tema examinemos algunos ordenamientos extranjeros en esta materia.

10.1. El Código Procedimiento Civil francés

Distingue entre la intervención voluntaria y la provocada (arts. 331 a 338).

La intervención voluntaria puede ser principal o adhesiva.

La intervención será principal cuando a través de ella el tercero ejercite una pretensión en su propio beneficio. Sólo será admisible cuando el interviniente tenga derecho de acción respecto de dicha pretensión.

La intervención será adhesiva cuando a través de ella el tercero apoye las pretensiones de una parte.

²⁵ El objeto del proceso es el asunto respecto del que las partes solicitan la protección jurisdiccional de su derecho. Como lo explica DE LA OLIVA: "en sentido propio [el objeto del proceso], es aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal: la del juzgador y la de las partes. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que un proceso trata: la *res qua agitur*, la "cosa de que se trata", que en los procesos civiles regidos por el denominado principio dispositivo es, a su vez, la *res in iudicio deducta* ("la cosa llevada a juicio")" DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *El objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Editorial Thomson, 2005, pp. 23-24. Sobre este tema, BERZOZA FRANCO, María Victoria, "Demanda "causa petendi" y objeto del proceso", prólogo de M. Serra Domínguez, Córdoba, Editorial El Almendro, 1984; GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Madrid, Editorial Civitas, 2ª edic., 1985; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Objeto del proceso y objeto litigioso", en *Presente y Futuro del Proceso Civil*, Barcelona, Editorial J.M. Bosch, 1998 (coord. Picó I Junoy, Joan), pp. 41-87 (con una síntesis de la doctrina italiana, española y alemana); TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, Editorial La Ley, 2000, pp. 9-128; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Editorial Thomson-Aranzadi, 8ª edic., 2008, pp. 243-262; PICARDI, Nicola, *Manuale del Processo Civile*, ob. cit., pp. 81-84.

A su turno, el CPC francés regula la intervención fijando los elementos que califica de comunes a todas “las llamadas a terceros” y luego fija un estatuto especial para la denominada llamada en garantía (arts. 331 a 338)

Como principio rector el art. 331 establece que “podrá llamarse a un tercero al proceso, a los efectos de que pueda resultar condenado, por aquella parte que disponga frente a él de acción a título principal”.

“Podrá ser igualmente llamado al proceso por aquella parte que ostente un interés en que la sentencia también despliegue sus efectos frente a él” (art. 331).

El artículo 332 dispone que “el tribunal podrá requerir a las partes para que llamen al proceso a todos aquellos interesados cuya presencia le parezca necesaria para poder resolver el litigio”.

“En materia de jurisdicción voluntaria, podrá decretar la llamada al proceso de las personas cuyos derechos o cargas pudieran verse afectados por la resolución que hubiere de dictarse”.

Dentro de las disposiciones especiales fija una serie de pautas para la figura que denomina como “llamadas en garantía” (art. 334).²⁶

10.2. El Código de Procedimiento Civil italiano

El Código de Procedimiento Civil italiano ha contemplado una regulación de este tema dentro del ejercicio de la acción. A la hora de reconocer el derecho de intervención distingue entre la voluntaria (art. 105) y la intervención forzada a petición de parte o por orden del juez (arts. 106 y 107). También contempla la extromisión del llamado en garantía (arts. 108 y 109).

Esta normativa ha tenido gran repercusión en algunos códigos más modernos, que han seguido de cerca la solución italiana en este tema.

²⁶ Completan esta regulación los siguientes preceptos: Art. 335: “el litigante que formulase la llamada en garantía simple seguirá siendo parte principal del proceso”. Artículo 336: “El litigante que formulase la llamada en garantía formal podrá solicitar del tribunal su extromisión del proceso y que el garante ocupe su posición en él como parte principal. No obstante, el beneficiario de la garantía, a pesar de su extromisión del proceso como parte principal, podrá permanecer en él en defensa de sus derechos; el demandante inicial podrá solicitar también su permanencia en defensa de los suyos”. Artículo 337: “La sentencia dictada frente al garante formal podrá, en todo caso, ejecutarse frente al beneficiario de la garantía siempre que se le hubiera notificado”. Artículo 338: “Sólo podrán reclamarse las costas del beneficiario de la garantía si el garante formal fuese insolvente y el beneficiario de la garantía hubiese permanecido en el proceso, aunque fuera a título adhesivo”.

La construcción italiana de la intervención voluntaria se hace en base a las relaciones que puede tener el tercero en el objeto del proceso, considerando que este sujeto al menos puede verse afectado por la eficacia refleja que la sentencia judicial puede producir en la esfera de un tercero.²⁷

10.3. La Ley de Enjuiciamiento Civil española

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2001 contempla una regulación de este tema dentro de la pluralidad de partes. Distingue esta legislación entre intervención voluntaria y provocada.

Concretamente, el artículo 13 dispone: "Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. 1. Mientras se encuentre pendiente un proceso podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito" (...).

En cuanto a los efectos, el numeral 3 del referido artículo dispone que, "admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa".

"También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes por plazo de cinco días".

"El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte".

En cuanto a la intervención provocada, el artículo 14 de la LEC la ha considerado de la siguiente forma:

"1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de

²⁷ Sobre el particular el art. 105 del CPC dispone, "*ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune de esse, un diritto relativo all' oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo*".

"Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio ininteresse".

intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, este dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes”.

“2. Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas”:

“1.a El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda o, cuando se trate de juicio verbal, antes del día señalado para la vista”.

“2.a El tribunal oír al demandante en el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda. Acordada la notificación, se emplazará al tercero para contestar a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado. Si se tratase de un juicio verbal, el tribunal por medio de providencia hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso”.

“3.a El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda quedará en suspenso desde la solicitud a que se refiere la regla 1.a y se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda”.

“4.a Si comparecido el tercero, el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18”.

10.4. El Código General del Proceso de Uruguay

En el Capítulo IV regula la intervención de terceros considerando una serie de figuras como la intervención del coadyuvante y la litisconsorcial (en lo que respecta a la voluntaria); la excluyente y la denuncia del litigio o incluso el llamamiento de terceros para evitar el fraude procesal.

Dentro de esta normativa conviene destacar los siguientes preceptos:

La intervención voluntaria se da en los siguientes supuestos:

“48.1 Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda

afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella”.

“48.2 Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial que podría verse afectada por la sentencia a dictarse y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso”.

Luego, el artículo 49 reconoce a la intervención excluyente, disponiendo que “quien pretenda en todo o en parte la cosa o el derecho controvertido podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y al demandado, para que en el mismo proceso se la considere.

En cuanto a los requisitos y forma de la intervención se ha dispuesto que los terceros deberán fundar su intervención en un interés directo, personal y legítimo. La solicitud se ajustará a las formas previstas para la demanda, en lo que fueren aplicables, y deberá ser acompañada de toda la prueba correspondiente. La oportunidad de la intervención sólo podrá producirse en la instancia hasta la conclusión de la audiencia de prueba para sentencia; la excluyente sólo en la primera instancia; la coadyuvante y litisconsorcial también durante el curso de la segunda instancia (art. 50).

Dentro de la intervención forzada el derecho uruguayo contempla la “intervención necesaria por citación”, en virtud de la cual “el demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer, tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado” (art. 51).

También se contempla una norma de litisdenunciación en los siguientes términos: “Denuncia de terceros. El demandado, en un proceso en el que considere que otra persona, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida, debe denunciarlo, indicando su nombre y domicilio, a los efectos de que se la noticie del pleito, bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que correspondieren por su omisión” (art. 53).

Una solución digna de considerarse en el Código general del Proceso es el llamamiento de oficio del tercero para evitar que se consume un fraude o colusión. Para tal efecto se dispone que “en cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el tribunal, de oficio o a petición del Ministerio Público o de parte, ordenará la citación de las personas que puedan ser perjudicadas para que hagan valer sus derechos, pudiéndose, a tal fin, suspender el proceso hasta por cuarenta días”.

10.5. La ZPO (Código Procesal Civil alemán)²⁸

Se preocupa de este tema en el Título 3 del Libro I, párrafos 64 a 77. Allí se reconoce la figura de la intervención principal, la intervención adherente o del coadyuvante, la intervención litisconsorcial, la denuncia de la litis y la citación de terceros en situaciones vinculadas relativas al derecho de dominio.

10.6. El Código Procesal Civil del Perú

Este Código, cuya vigencia data de 1993, contempla en el Capítulo VII la regulación de la intervención de terceros, la extromisión y la sucesión procesal.

El artículo 97 acepta la intervención del coadyuvante, disponiendo que “quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella”.

“Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia”.

“El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido”.

También se acepta la intervención litisconsorcial, disponiendo que ella se da cuando “quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta” (art. 98).

Por su parte, el art. 99 regula la intervención excluyente principal, permitiendo que “quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado. Esta intervención sólo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia”.

“El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, ésta se sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose

²⁸ Hemos consultado la traducción al castellano realizada por PÉREZ RAGONE, Álvaro - ORTÍZ PRADILLO, Juan Carlos, *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 168-169.

similares facultades probatorias a las partes. La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia”.

Como norma de control para aceptar la intervención, dentro de los requisitos y trámite común de las intervenciones, el art. 101 dispone, “los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demandada, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes”.

“El Juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Sólo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que éste se halle al momento de su intervención”.

Dentro de los mecanismos que puede generar el derecho a intervenir se contempla en el artículo 102 la denuncia civil. Para tal efecto se reconoce que “el demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso”.²⁹

²⁹ Complementan el cuadro anterior otros preceptos que conviene considerar:

Art. 104. Aseguramiento de pretensión futura. La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él. El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103.

Art. 105. Llamamiento posesorio. Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103.

Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el Juez emplazará con la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado.

Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.

Art. 106. Llamamiento en caso de fraude o colusión. Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el Juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el Juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días.

Art. 107. Extromisión. Excepcionalmente, en cualquier momento el Juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.

11. La regulación del tema en el Proyecto de Código Procesal Civil de 2009

Esta materia se contiene en el Título VI del Libro Primero, con el nombre de “la intervención de terceros”. Allí se distinguen tres tipos de intervención: la voluntaria, la forzada y la excluyente.

a) La intervención voluntaria

El artículo 38 del Proyecto permite que quien no figura originalmente como parte en un proceso judicial pueda intervenir en el mismo, siempre que justifique tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo. Se precisa que “se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos”.

b) La intervención forzosa (art. 39)

En este caso se dispone que “si la pretensión ejercida en un proceso judicial corresponde también a otro u otros sujetos determinados que no han comparecido en dicho proceso, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de aquellos, quienes deberán expresar si se adhieren o no ella. Para estos efectos el tribunal citará a una audiencia especial a la que deberán concurrir las partes y los sujetos, debidamente representados, cuya intervención ha sido requerida”.

“Si dichos sujetos se adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litisconsorcio que se ajustará a las normas dadas para esta última figura. Si expresan su determinación de no adherirse, caducará su derecho. Si nada dicen, les afectará el resultado final del proceso”.

c) La intervención excluyente (art. 40)

Esta figura se ha regulado indicando que “quien pretenda en todo o en partes la cosa o el derecho controvertido en un proceso judicial podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y al demandado, para que en el mismo proceso se la considere. En este caso se considerará a las primitivas partes como demandados en relación con el interviniente”.

12. Algunas observaciones generales al Proyecto

El hecho de considerar un título especial para esta temática se debe apuntar como un logro en comparación a la técnica del Código de Procedimiento Civil,

sin perjuicio de algunas observaciones que la propuesta legislativa merece en varios puntos que pasamos a examinar.

12.1. El momento procesal para intervenir

La propuesta establece que la intervención voluntaria sólo se puede solicitar en primera instancia, antes de la audiencia de juicio oral (art. 38 inc. final).

A nuestro entender se debe ampliar el derecho a intervenir a la segunda instancia o incluso para el conocimiento de los recursos previstos en el Proyecto. El interés jurídico que puede tener un tercero no desaparece por el hecho de haber tenido lugar la audiencia del juicio oral.

La existencia de una regla de preclusión para que tercero acepte todo lo obrado hasta ese minuto es un límite suficiente para poder permitir su ingreso durante todo el curso de la relación procesal.

La restricción que se quiere imponer a la intervención voluntaria es un retroceso, puesto que con el Código de Procedimiento Civil era pacífico que el tercero podía ingresar incluso en sede de casación.

En suma, mientras exista proceso pendiente no se debe limitar el ingreso de terceros a la relación procesal, con tal que cumplan con la exigencia de legitimación que justifica su participación.

12.2. La legitimación para la intervención voluntaria

Uno de los temas más difíciles de solucionar en materia procesal es el relativo a la participación de los terceros en las relaciones jurídicas y los medios de impugnación que a estos se debe reconocer para proteger sus derechos e intereses frente a procesos pendientes.³⁰ La variedad de soluciones existentes en el derecho comparado, conforme ya se anticipó, hacen patente la dificultad existente para poder delimitar esta materia adecuadamente.

³⁰ Una síntesis del problema, entre la abundante bibliografía, cfr. GONZÁLEZ, Atilio Carlos, "La legitimación de los terceros en el proceso civil"; TESSONE, Alberto José, "En torno de la legitimación para recurrir", ambos trabajos publicados en *La Legitimación* (AA.VV.), Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1996, pp. 271-278, pp. 295-323; ALSINA, Hugo, "Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 4, 1957; ATTARDI, Aldo, "In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale*, 1990, N° 2; COUTURE, Eduardo J., "Legitimación procesal del tercero coadyuvante", en *Estudios de Derecho Procesal*, t. III, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989; FERRÉ MARTI, José María, *Protección procesal del tercero en el derecho canónico*, Barcelona, 1982.

El mismo trance lo padecieron nuestros codificadores del siglo XIX, cuando discutieron sobre la norma de legitimación del tercero coadyuvante. En efecto, en la sesión 38, de 20 de noviembre de 1900, el señor Yáñez indicó que *“considera que la definición que contiene el inciso segundo ofrece el inconveniente de establecer que en una incidencia de mero trámite, como es el de pronunciarse sobre la entrada al pleito de un tercero, pueda dictarse una resolución que afecta la naturaleza de la acción, como es la calificación de si el tercero tiene un derecho o una mera expectativa. Agrega que este prejuzgamiento no existiría refiriéndose solamente al interés actual, como lo hace la primera parte del artículo, pues este interés actual, que en general es una cuestión de hecho, no altera la naturaleza i alcance de los derechos que el tercero pretende ejercitar. Por último hace notar que la definición indicada daría lugar a dificultades en la marcha del juicio, por cuanto las partes se inclinarían a negar la existencia del derecho del tercero a pedir que fuera éste calificado de mera expectativa. Los señores Montt, Richard i Vergara creen que las dificultades de que ha hablado el señor Yáñez se presentarían de igual manera con la definición objetada o sin ella i que, en cambio, hai positiva ventaja en conservarla si no se quiere que pueda darse un alcance que la lei no ha querido a lo que ella entiende por interés actual”*.³¹

El Proyecto establece como norma de legitimación que el tercero que solicita su ingreso al proceso pendiente debe justificar tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo. Acto seguido, precisa que *“se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos”* (art. 38).

Por la complejidad que tiene este tema, ninguna norma puede fijar con exactitud los casos donde se justifica la necesidad de aceptar la intervención voluntaria de un tercero. La variedad de lo que se entiende por tercero en sentido técnico es demostrativa de la dificultad técnica que debe enfrentar el legislador.

Todo el esfuerzo que se haga en esta materia contribuirá a que el juez pueda resolver con mayor objetividad jurídica si acepta o no al peticionario que solicita su ingreso a un proceso pendiente.

Desde otro punto de vista, para determinar si el tercero tiene la legitimación que lo admite en un proceso pendiente obliga a verificar qué vínculo tiene este sujeto con el objeto del proceso fijado por las partes en torno a alguna de las

³¹ Actas de la Comisión Mixta de senadores y diputados, Santiago, Editorial Imprenta Nacional, 1901, p. 17.

situaciones legitimantes: las obligaciones, a conflictos de derecho de familia, a discusiones sobre la titularidad extinción o modificación de un derecho subjetivo real o personal; a conflictos relativos al ejercicio de derechos potestativos; a conflictos vinculados a un interés, esto es, a una situación que está en vía de convertirse en un derecho subjetivo, cuando el legislador lo reconozca formalmente. Para cada uno de estos casos se debe examinar si el tercero tiene o no la legitimación que permita reconocerle la calidad de “justa parte” en ese conflicto con la posibilidad de ejercer los derechos procesales inherentes a su condición de parte.

En relación al Proyecto, la exigencia que el tercero justifique tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo no parece demasiado amplia, permitiendo que con ella se cometan excesos al habilitar que en un proceso pendiente puedan intervenir terceros motivados en defensa de intereses filantrópicos o puramente ideológicos. A nuestro entender, una forma más acertada de poder dar un cauce objetivo a la fórmula propuesta es recuperar la calificación de tercero coadyuvante como la hipótesis de intervención voluntaria en nuestro proceso civil declarativo, por las razones que pasamos a explicar.

12.3. La supresión de la denominación de tercero coadyuvante

El Proyecto no contempla en la regulación de la intervención voluntaria la denominación del tercero como coadyuvante. El artículo 38 pretende cubrir todas las hipótesis de intervención voluntaria con la fórmula de “*tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo*”.

Dicha propuesta debe ser enmendada calificando al tercero como coadyuvante, básicamente por las siguientes razones:

i) El coadyuvante ha sido la figura más clásica de intervención en nuestro medio.³² Aunque la doctrina ha discutido sobre el alcance de esta figura, en nuestro medio se acepta que se trata de un tercero que puede ingresar al juicio pendiente por encontrarse en una determinada posición jurídica que le habilita para poder ingresar voluntariamente a colaborar con una de las partes, a fin de contribuir a que se dicte una sentencia favorable a su situación jurídica.

Por su condición el coadyuvante no puede ejecutar actos de disposición del objeto del proceso, como el desistimiento, el allanamiento a la demanda u

³² Sobre el tema, cfr. GONZÁLEZ VIDAL, Alberto, *La intervención del tercero coadyuvante en el proceso civil chileno*, Memoria de Prueba, Universidad de los Andes, 2000.

otro equivalente jurisdiccional, atendido que su rol es colaborar con una de las partes. Por la misma razón su ingreso no produce una ampliación del objeto del proceso (una acumulación de acciones).³³ Su actuación queda subordinada a la parte que coadyuva, salvo que se dé un fraude por colusión entre las partes, donde el coadyuvante puede instar autónomamente, perdiendo su rol de colaborador de una de las partes.

ii) Al prescindirse de la calificación de coadyuvante se deja de contar con un concepto que permite un control más objetivo del derecho a intervenir.

iii) Si se clarifica que la intervención voluntaria es en calidad de coadyuvante se podrán aplicar una serie de pautas que habrían ido clarificando en nuestro ordenamiento el rol de este tercero. A modo de referencia, se había resuelto que: a) el coadyuvante puede actuar para la defensa de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales;³⁴ b) que por estar regulada en las normas comunes a todo procedimiento esta intervención se podía dar también en procesos especiales, como es el caso del recurso de protección³⁵ o en materia de reclamo de ilegalidad municipal,³⁶ entre otros casos.

iv) Se evitará que el Código Procesal Civil entre en inconsistencias con las referencias que en normas especiales se hacen al coadyuvante.³⁷

³³ Distinta es la situación si este tercero, cuando interviene coadyuvando al demandado, amplía el objeto del proceso deduciendo en tiempo y forma una reconvencción contra el demandante original.

³⁴ En tal sentido, una antigua sentencia de la Corte Suprema, de 8 de julio de 1925, resolvió que para admitir a este tercero ni el artículo 24 [actual 23] del Código de Procedimiento Civil, ni ninguna otra ley exige que el derecho comprometido en juicio en que intente coadyuvar, sea únicamente el de dominio sobre la cosa litigada o de una cuota de ella (CS, 8 de julio de 1925, RDJ, t. XXII, sec. 1º, p. 265).

³⁵ C. de Ap. de San Miguel, 27 de julio de 1995, RDJ, t. XCII, sec. 5º, p. 219.

³⁶ CS, 18 de diciembre de 1985, RDJ, t. LXXXIII, vol. 111, sec. 5º, p. 259.

³⁷ Sin el ánimo de agotar este tema, el legislador ha regulado esta forma de intervención en los siguientes casos: a) En materia de quiebras. El art. 64 inc. 3º de la Ley N° 18.175 sobre Quiebra establece que, "la administración de que es privado el fallido pasa de derecho al síndico, quien la ejercerá con arreglo a las disposiciones de esta ley. En consecuencia, no podrá el fallido comparecer en juicio como demandante ni como demandado, en lo relacionado con los bienes comprendidos en la quiebra, sin perjuicio de tenérsele como coadyuvante...". El inc. 5º del citado artículo dice además que "el síndico podrá figurar como parte coadyuvante en los juicios de separación de bienes y de divorcio en que el fallido sea demandado o demandante". b) En materia de juicios relativos al daño al medio ambiente. El art. 54 inc. 1º de la Ley N° 19.300, sobre Bases generales del medio ambiente, dispone que "son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio".

12.4. La intervención del tercero principal o excluyente

Esta figura se recoge en el artículo 40 del Proyecto, en una orientación similar a la que contemplaba el más que centenario Código de Procedimiento Civil.³⁸

Lo característico de esta figura es que un tercero deduzca en un proceso pendiente una acción en contra de los sujetos que dieron origen a la relación procesal, formulando una petición de protección jurídica que es incompatible con el derecho que discuten las partes. El ejemplo típico se da cuando Ticio y Cayo se disputan la propiedad una cosa, y aparece en ese proceso Decio alegando que él es el dueño de esa especie.

A diferencia de lo que ocurre con el coadyuvante, que está en una relación de colaboración con una de las partes, el interviniente principal o excluyente promueve una pretensión incompatible con la formulada como objeto del proceso por las partes originales. Por lo anterior, dicha actuación implica necesariamente la deducción de una nueva acción, que amplía el objeto del proceso, generando una hipótesis de acumulación sobrevenida de acciones.

En nuestra práctica forense esta figura no ha sido muy utilizada, seguramente por la regla de preclusión que afecta a este tercero, el que debe aceptar todo lo obrado hasta antes de su presentación. En rigor, a este tercero le conviene más demandar en un juicio separado, evitando de ese modo el efecto preclusivo de sus derechos procesales recién indicado.

Como el efecto relativo de la sentencia judicial le permite al tercero accionar autónomamente contra los que tienen derechos incompatibles, esta figura seguirá teniendo una importancia más teórica que práctica, pero no por ello se debe dejar de regular en el nuevo ordenamiento procesal.

12.5. La deficiente regulación de la intervención forzada

El artículo 39 del Proyecto se refiere a la intervención forzosa, bajo la calificación de "denuncia de la litis", señalando que "si la pretensión ejercida en un proceso judicial corresponde también a otro u otros sujetos determinados que no han comparecido en dicho proceso, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de aquellos, quienes deberán expresar si se

³⁸ El CPC regula en el art. 23 esta figura disponiendo que "si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cosa litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el tribunal sus gestiones en la forma establecida por el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre".

adhieren o no ella. Para estos efectos el tribunal citará a una audiencia especial a la que deberán concurrir las partes y los sujetos, debidamente representados, cuya intervención ha sido requerida”.

“Si dichos sujetos se adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litisconsorcio que se ajustará a las normas dadas para esta última figura. Si expresan su determinación de no adherirse, caducará su derecho. Si nada dicen, les afectará el resultado final del proceso”.

La redacción del precepto en el Anteproyecto correspondía al art. 48. En el Proyecto de CPC se cambió al art. 39, pero bajo el nombre de denuncia de la litis.

Esta propuesta viene inspirada en el art. 21 del CPC, norma que para involucrar a terceros a un proceso pendiente dispone que *“si una acción ejercitada por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan concurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella”*.

A su turno, dicha norma es una originalidad del Código de Procedimiento Civil. No se conoce en el derecho comparado una figura similar. El origen se remonta al Proyecto de Vargas Fontecilla; la razón que llevó a legislar sobre el particular obedeció a una práctica forense anterior a la codificación sobre la citación de terceros al juicio que por producir demoras y atrasos en la tramitación se quiso suprimir con el precepto indicado.³⁹

Como se puede apreciar, en dicho precepto se dispone un acto de comunicación para los terceros que por su situación jurídica pueden tener interés en accionar en un proceso ya comenzado. Dicha facultad resulta especialmente útil para corregir la defectuosa configuración de litisconsorcio necesario activo.⁴⁰

A nuestro entender existen varios inconvenientes para suprimir esta propuesta o a lo menos introducir una mejora técnica.

i) Tal como está redactada, ella no pasa de ser un instrumento que permite ampliar el componente subjetivo de la relación procesal, en su manifestación de activa. Sin embargo, ello quebranta el principio que el ejercicio de la acción

³⁹ Una síntesis de la doctrina y jurisprudencia, cfr. CID BOTETANO, Carlos, El artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, Memoria de Prueba, Universidad de los Andes, 2001.

⁴⁰ Sobre el tema, cfr. C. de Ap. de Santiago, 19 de mayo de 1959, RDJ, t. LVI, sec. 2°, pp. 29.

es un acto soberano de su titular.⁴¹ Dicho de otra forma, resulta contrario al principio dispositivo que se imponga a una persona la obligación de adherirse a una demanda propuesta por otros. De hecho la propuesta no clarifica qué significa jurídicamente la adhesión a la demanda ¿es una simple ampliación subjetiva de la relación procesal o el citado puede formular su acción?

ii) Si se quiere mantener la norma habría que reconducirla exclusivamente al fenómeno del litisconsorcio necesario. Es en esta figura donde sí se hace necesario tener que integrar una relación procesal nacida defectuosamente al no haber demandado todos los que debieron hacerlo.

13. La necesidad de incorporar una norma de *litisdenuciación*

En su descripción más simple, la *litisdenuciación* es un acto de comunicación que busca poner en alerta a un determinado tercero sobre la existencia de un juicio cuyo resultado le puede acarrear alguna consecuencia desfavorable.⁴²

La finalidad de la *litisdenuciación* es que el tercero tome conocimiento de la existencia del proceso, para que haga valer sus derechos conforme a las peculiaridades y efectos jurídicos previstos para su caso por el legislador.

Como se explicaba, el tercero en sentido técnico abarca distintas situaciones jurídicas. El interés de un tercero para ingresar a un proceso pendiente para defender sus derechos requiere que a lo menos se contemple un instrumento procesal que le permita tomar conocimiento de la existencia del proceso pendiente.

Como lo han resuelto otros ordenamientos, la comunicación podrá generarse a petición de parte o por el juez de la causa, dejando siempre al tercero definir si interviene o no para la defensa de sus derechos.

En este punto se debe considerar que la denuncia del litigio cuenta con un reconocimiento en nuestro ordenamiento, demostrando que su incorporación en una norma general no es una excentricidad académica. Dentro de los ejemplos de esta figura están:

⁴¹ En la jurisprudencia se ha resuelto que *"la manifestación del tercero de su voluntad de no adherirse al juicio a que ha sido convocado, produce ipso iure la pérdida de la acción, cualquiera que sean los resultados posteriores del juicio; la sentencia que en él recaiga producirá cosa juzgada a su respecto aun cuando no le sea notificada"* (C. de Ap. de Santiago, 11 de julio de 1947, RDJ, t., XLV, sec. 2º, pp. 24).

⁴² Su origen remoto se encuentra en el derecho romano, y se recoge en varios ordenamientos procesales con carácter general, dentro de la intervención de terceros en juicio (V. gr. art. 172 Ordenanza Procesal Civil alemana). Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, Editorial Universidad de Navarra, 1969, pp. 296 ss.

a) El artículo 11 de la Ley N° 18.101 sobre arrendamientos urbanos; allí se dispone que para hacer oponibles a los subarrendatarios lo obrado y la sentencia recaída en los juicios de desahucio, de restitución o de terminación del arrendamiento por falta de pago de la renta, seguidos contra el arrendatario, les deberá ser notificada la demanda.⁴³

En este caso el acto de comunicación permite que los efectos de la sentencia vinculen a estos terceros, los que verán extinguidos sus derechos en el evento que su arrendador pierda el juicio. Asimismo, este aviso de pendencia del proceso les permitirá a los subarrendatarios intervenir voluntariamente en la relación procesal, obviamente como coadyuvantes de su subarrendador.

b) El artículo 29 inc. 2° de la Ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local; conforme a este precepto, para que la sentencia condenatoria pueda surtir efecto respecto del tercero civilmente responsable, debe ponérsele en conocimiento de la denuncia o querrela seguida ante el juez de policía local, mediante una notificación judicial, antes de la dictación de la sentencia. En este caso, la *litisdenunciación* constituye un trámite imprescindible para que en un ulterior proceso se pueda hacer efectiva la obligación de garantía que pesa sobre el tercero civilmente responsable. Si tal comunicación no se practicó, el tercero podrá asilarse en el efecto relativo de la sentencia, sin perjuicio que en juicio ulterior el actor acredite los elementos de responsabilidad civil en contra de este tercero que no recibió noticia del proceso.⁴⁴

No modifica lo anterior el hecho que el art. 39 anuncie la regulación de la “denuncia de la litis”, por las razones que se indicaban en el punto anterior.

14. La oposición del tercero a la cosa juzgada

Como se explicaba, en nuestro derecho ha sido tradicional explicar la cosa juzgada respecto de terceros acudiendo a la regla contenida en el Digesto: la cosa juzgada, al tercero, ni le perjudica ni le aprovecha.

⁴³ C. de Ap. de Concepción, 6 de mayo de 1996, *RDJ*, t. XCIII, sec. 2ª, pp. 49.

⁴⁴ En este sentido, CS, 4 de octubre de 1972, *RDJ*, t. LXIX, sec. 1ª, pp. 161. La regla anterior se ve matizada si en el juicio posterior se demanda conjuntamente al tercero con el responsable del accidente (que fue condenado por la infracción), evento en el cual el tercero civilmente responsable no podrá poner en duda la existencia del hecho que constituye el delito o la infracción, ni la responsabilidad del condenado, en virtud de lo que dispone el artículo 178 del CPC., que reconoce eficacia a la sentencia condenatoria penal en los juicios civiles (En este sentido, cfr. C. de Ap. de Concepción, 23 de mayo de 1990, *RDJ*, t. LXXXVII, sec. 2ª, pp. 104).

Sin embargo, esa regla ya había sido relativizada en nuestro ordenamiento al introducirse la oposición del tercero a la cosa juzgada,⁴⁵ en los términos previstos en el art. 234 inc. 2º del CPC. Allí se establece que “le tercero contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia...”.

El Código de Procedimiento no contempló originalmente la oposición del tercero a la cosa juzgada. Su recepción se debe a la Ley N° 7.760, publicada el 5 de febrero de 1944. Lamentablemente en la historia de la ley no quedó constancia de las razones que llevaron a aceptar esta singular manifestación de intervención en juicio.

A diferencia de lo que ocurre en otros códigos de procedimiento, en nuestro ordenamiento la oposición del tercero ha sido considerada un incidente, y no como un medio de impugnación autónomo. Esta opción obliga a considerar a esta figura como una forma de intervención en un juicio pendiente.

El Proyecto reconoce esta figura en el art. 213, en idénticos términos que el Código de Procedimiento Civil. Ahora, nos parece necesario que se aproveche esta oportunidad en la tramitación del Proyecto para poder clarificar en qué hipótesis se puede dar esta situación.

⁴⁵ La figura denominada como oposición del tercero a la cosa juzgada tiene sus orígenes más próximos en las Ordenanzas francesas de Villers-Cotterers de 1539, de Moulins de 1566 y de Lemoignon de 1667, y remotamente en el Derecho Romano o en el Derecho Germánico. Actualmente esta figura también existe en Francia, Italia, y en el Derecho Canónico, y la pueden ejercitar los terceros cuando una sentencia *inter alios* haya perjudicado sus derechos o intereses jurídicos. Cfr. FONT SERRA, Eduardo, “La oposición de tercero a la cosa juzgada”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, I. Colegio de Abogados, año LXXIX, N° 3, pp. 677 y ss.

Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia*

Hugo Rosende Álvarez

Director del Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Ley de Matrimonio Civil –N° 19.947–, que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, despertó especial interés en la opinión pública por haber incorporado el divorcio vincular como causal de terminación del matrimonio. Se suscitó entonces la inquietud de saber si habría un aumento de las demandas de ruptura conyugal o no, a lo cual se agregó la incertidumbre sobre si se mantendrían los altos niveles de nacimientos de hijos no matrimoniales, derivado esto último de la Ley 19.585, de 1998, sobre efectos unitarios de la filiación.

Por otro lado, la creación de los Tribunales de Familia por la Ley N° 19.968, de 2004, generó enormes esperanzas en la ciudadanía de obtener una pronta y eficaz respuesta de la judicatura a los conflictos que se suscitan en el ámbito familiar.

A continuación ofreceremos antecedentes recogidos de distintas fuentes que permitirán conocer algunos efectos prácticos de las nuevas leyes de familia promulgadas durante el último decenio.

I. Ingreso de causas de familia durante los años 2007 y 2008¹

Materia	2007	2008	Variación %
Familia	381.421	372.105	- 2,4%

* El autor de este artículo agradece la valiosa colaboración de la jueza del Primer Juzgado de Familia de Santiago señora Carolina Bustamante Sasmay en la preparación de contenidos de este trabajo, parte de los cuales fueron difundidos en la Cátedra de Derecho Civil del profesor Fernando José Rabat Celis en esta Casa de Estudios.

Asimismo, hace extensiva su gratitud al apoyo de estadísticas en materia de familia suministrado por el Director de Investigación señor José Manuel Díaz de Valdés Juliá y el ayudante señor Juan Pablo Schnake Ferrer.

¹ Anexo 3.1 "Ingreso Juzgados del país 2007-2008". Discurso Presidente Corte Suprema. Inauguración año judicial, año 2009. <http://www.poderjudicial.cl/infogeneral/discurso2009/3-1-1-2009.pdf>.

II. Nulidades de matrimonio durante el período 2000 a 2008²

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
6.716	6.938	7.085	6.712	7.033	5.743	1.577	733	412

A partir del año 2006 se produce un drástico descenso de las causas de nulidad de matrimonio que durante el período 2000 a 2005 oscilaban entre 5.700 a 7.000 y luego bajan a cifras de 1.500 a 400 aproximadamente.

III. Causas de divorcio ingresadas a tramitación desde 2005 a abril de 2009. Porcentajes de común acuerdo y unilaterales³

Las causas de divorcio ingresadas al Poder Judicial desde 2005 a abril de 2009 ascienden a 126.094. El 15,4% son por común acuerdo, 19.454. Las solicitudes de divorcio unilateral suman 106.640, que corresponden al 84,5%.

IV. Causas de divorcio falladas y registradas en el Registro Civil desde el año 2005

Según el Consolidado de Estadísticas con información ingresada al 30 de noviembre de 2008,⁴ se fallaron y anotaron en el Registro Civil los siguientes divorcios:

2005	2006	2007	2008
1.188	10.107	16.043	18.320

Actualizada la información sobre los divorcios fallados y anotados en el Registro Civil a abril de 2009, alcanzan la cifra de 49.754.⁵ Se produce una brusca alza de los divorcios, que en el año 2005 ascendieron a una cifra cercana a los 1.200 casos y en los años siguientes aumentaron a un rango de 10.000 a 18.000 casos anuales.

² Estadísticas con enfoque de género del Registro Civil. En el marco del Programa de mejoramiento de la Gestión Equidad de Género. Consolidado Estadísticas. Información ingresada al 30 de noviembre de 2008.

³ Fuentes: Registro Civil, cifras 2005 a 2008. Poder Judicial. Cifras 2005 hasta abril 2009. Infografía: La Tercera. Diario La Tercera, Domingo 3 de mayo de 2009, pp. 20 y ss.

⁴ Cfr. Cita (2)

⁵ Cfr. Cita (3)

V. Matrimonios celebrados durante los años 2000 a 2008⁶

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
67.397	65.094	62.166	58.090	54.122	54.724	59.323	59.134	52.488

El descenso de los matrimonios ha sido constante desde el año 2000 hasta 2008, con la excepción de los años 2006 y 2007 que registraron un repunte, cayendo de nuevo en el año 2008.

Si se comparan las cifras de los años 1990 y 2008, se advierte que en el año 1990 se celebraron 104.130 matrimonios⁷ y en el año 2008, sólo 52.488.⁸ En otras palabras, la tasa de matrimonios descendió un 50%.

VI. Hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio durante el período 2000 a 2008⁹

Hijos matrimoniales								
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
139.149	131.064	119.933	115.212	106.649	100.922	95.807	94.603	82.742 ¹⁰
Hijos no matrimoniales								
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
130.420	131.144	128.712	131.908	133.362	139.651	146.893	157.257	151.194 ¹¹

En consonancia con el descenso de los matrimonios se observa que los hijos matrimoniales han decrecido desde la cifra de 139.149 (2000) a 94.603 (2007). A la inversa, en el mismo período creció el número de hijos no matrimoniales, que desde 130.420 (2000) se elevó a 157.257 (2007).

⁶ Cfr. Cita (2).

⁷ Cfr. Cita (6).

⁸ Cfr. Cita (2).

⁹ Cfr. Cita (2).

¹⁰ Esta cifra corresponde a la información ingresada al 30 de noviembre de 2008.

¹¹ Ídem.

VII. Proyección de los divorcios a futuro¹²

A. Divorcios y matrimonios que quedarían inscritos en el Registro Civil en el año 2009

1. Proyección de divorcios en 2009 : 30.100.
Porcentaje proyectado de aumento
en relación al año 2008 : + 35%
2. Proyección de matrimonios : 55.500.
Porcentaje proyectado de
disminución en relación al año 2008 : + ó - 3%

B. Proyección al año 2012¹³

Un estudio realizado por separadosdechile.cl, en base a las estadísticas publicadas por el Registro Civil y el Poder Judicial entre los años 1990 y 2008, permite estimar que a fines del año 2012, por cada matrimonio que se celebre en el país se divorciará otro.

VIII. Causas de los divorcios¹⁴

- A. El mayor número de divorcios se da entre los 10 y 15 años de matrimonio. El reportaje de "La Tercera" muestra que los divorcios acogidos fueron: 1.004 a los 10 años de matrimonio; 1.086, a los 11 años; 1.089 a los 12; 1.141 a los 13; 1.081 a los 14, y 1.002 a los 15 años.
- B. Según abogadostodofamilia.cl es frecuente ver matrimonios jóvenes que no duran más de tres años y que se divorcian por inmadurez y la falta de proyectos en común. En cambio, los que tenían entre siete y diez años de casados, lo hacen, principalmente, por la llegada de una tercera persona a la relación.
- C. Según cifras del Registro Civil, los hombres se divorcian, en promedio, a los 39,7 años, y las mujeres a los 34. En ambos casos, cuando tienen más de 60 años la cantidad es menor.

¹² Fuente: Separadosdechile.cl

¹³ Ídem.

¹⁴ Diario La Tercera, domingo 3 de mayo de 2009, pp. 20 y ss.

- D. Un asesor familiar¹⁵ explica que el 80% de las causas de los divorcios viene del pololeo. Sobre la base de un cuestionario a 1.600 parejas de novios, con seguimiento en el tiempo, a quienes se consultó: qué problemas tienen, por qué se casan y por qué razones se separarían, la conclusión desde hace 20 años es la misma: "El 80% de las causas de los divorcios viene desde el pololeo".

A la pregunta sobre qué problemas arrastran, los novios indicaron las peleas por hábitos personales (50% no los cambiaría después de casados), la falta de comunicación verbal, desacuerdos con los parientes del otro (44%), los tiempos que le dedican al trabajo, el dinero y su distribución, y las actividades que cada cual tiene fuera de la casa. Esta última razón va muy unida a los celos que sienten el 46% de las novias y el 32% de los novios.

En lo concerniente a por qué se casan, el monitor explica que sin tomar en cuenta profesiones, diferencias de edad u otros factores, "la mayoría no se casan libres". Las respuestas son: "Llevo mucho tiempo comprometido"; "me hará sentar cabeza"; "por seguridad económica"; "por acostumbramiento"; "porque me solucionará problemas"; "por atracción física"; "por estar esperando un hijo"; o "por haber tenido relaciones sexuales premaritoniales".

Respecto a por qué se separarían, las respuestas apuntan a los siguientes factores: problemas económicos, falta de cariño, infidelidad, ausencia de hijos, falta de armonía sexual, no tener metas comunes, inmadurez y falta de desahogo con la pareja.

Una de las causas más nombradas por las mujeres fue la de falta de respeto e intolerancia.

- E. En las estadísticas de Separadosdechile.cl se da cuenta que sólo cuatro de diez parejas decidieron permanecer juntas después de ser instados a reconciliarse. El 60% de los que optaron por separarse fue por infidelidad y el 20% de las parejas separadas atribuyó su decisión a diferentes tipos de proyectos de vida y problemas económicos.

Desde septiembre de 2008, siete de diez matrimonios decidieron divorciarse. La razón de ello, según el 50% de los consultados, fue por tener una

¹⁵ Arnaldo Murúa García-Huidobro es asesor familiar del servicio religioso de la Fuerza Aérea de Chile. Cfr. en La Tercera, domingo 3 de mayo de 2009, p. 21.

“pésima situación económica”. La crisis económica mundial desplazó a la infidelidad. Finalmente, a la infidelidad se le suman el abuso del alcohol y el consumo de drogas como causantes del quiebre matrimonial.

IX. De los tribunales de familia y su funcionamiento

A. Deficiencias en la justicia de familia

1. La puesta en marcha de los tribunales de familia se realizó sin disponer de los recursos económicos suficientes, tanto en lo que respecta a infraestructura como al número del personal adecuado para la gestión de esta judicatura.

2. Ha existido ineficacia del Consejo Técnico contemplado en el párrafo segundo del Título I de la Ley N° 19.968, de 2004, y sus modificaciones posteriores, por el traslado a esta nueva judicatura de los profesionales que laboraban en los antiguos Juzgados de Menores, los que carecían de especialización. Estos funcionarios no se acomodaron a la nueva forma de ejercer su función, debido a que antiguamente realizaban asistencia social, cumplían sus deberes principalmente mediante visitas domiciliarias, distribuyendo sus horarios en parte en el tribunal, sin contacto con el juez, atendiendo allí a los usuarios y, otra parte de su tiempo, fuera del tribunal o “en terreno”. Toda esta labor concluía en la redacción de informes sociales.

En la actualidad, los nuevos especialistas en temas de familia deben estar principalmente en la sala del tribunal con los jueces, manejando las redes sociales. Hoy todos los juzgados conocen causas sobre protección e infractores, y de los antiguos Juzgados de Menores de Santiago, sólo los funcionarios del Primero y Sexto de tales Juzgados manejaban bien las redes sociales, vale decir, lo que corresponde a ubicación, pertinencia, sexo, grupo etario de cada hogar de acogida, en el que debía ingresar un menor vulnerable o infractor de la ley. Todo ello en atención a que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, los Tribunales de Familia conocían también de delitos cometidos por jóvenes hasta de 16 años de edad.

Con los nuevos integrantes del Consejo, a quienes se les exige especialización en materias de familia de dos semestres extras a su título profesional, especialmente aplicable a los psicólogos y asistentes sociales, se ha revertido paulatinamente la falencia antes anotada.

3. Existe falta de precisión en la legislación de familia y ausencia de reglamentación de múltiples situaciones, lo que amplía –tal vez en exceso– el ámbito del arbitrio judicial.

Una dificultad que plantea la práctica de los exámenes de ADN para esclarecer la paternidad reside en la demora en la entrega de resultados. El Instituto Médico Legal ha manifestado reiteradamente a los tribunales de familia que el tiempo previsto para ello es de seis meses, como mínimo. Ahora bien, la Ley 20.286¹⁶ autorizó al juez para decretar alimentos provisorios con la sola presentación de la demanda, y no es infrecuente que luego de ser decretados y pagados los alimentos provisorios, siete meses después, en la audiencia del juicio, se reciba el peritaje de ADN que muestra que el demandado no es el padre biológico. Naturalmente la devolución del dinero recibido por alimentos provisorios que no se debían resulta ilusoria, la mayor parte de las veces.

La alternativa frente a una situación como la descrita es realizar los exámenes de ADN en forma particular, cuyo costo es superior a los \$ 200.000. Así, por ejemplo, en el laboratorio del Hospital de la Universidad Católica se demoran 5 días hábiles y el examen cuesta \$ 230.000; en el Hospital Clínico de la Universidad de Chile el tiempo es de 10 días hábiles y cuesta \$ 205.000. Naturalmente que el común de los usuarios no cuenta con los medios económicos para costear esta clase de exámenes y por este motivo pierde parte de sus bienes sin posibilidad de resarcimiento, consumándose una injusticia al amparo de la ley.

De otro lado, tiene amplia cabida el arbitrio judicial para acreditar el cese de la convivencia como hecho justificativo del divorcio: ya sea de común acuerdo, en que se requiere un cese de la vida conyugal durante un lapso mayor de un año, o del cese efectivo de dicha convivencia durante tres años, en el caso de divorcio unilateral (art. 55 de la Ley de Matrimonio Civil).

La prueba del cese de la convivencia ha sido objeto de tratamiento dispar por los juzgados de familia. En algunos tribunales, que al parecer constituyen la mayoría, existe la práctica de aceptar la acreditación del cese de la convivencia por un plazo superior a un año mediante la prueba de dos testigos. Otros, en cambio, rechazan la prueba de sólo dos testigos y exigen otras pruebas documentales que así lo justifiquen, por ejemplo, cuentas de consumo eléctrico, de agua, gas o de teléfonos fijos, o de cualquier otra naturaleza, que den cuenta de los distintos domicilios de los cónyuges, todo ello durante el período señalado.

¹⁶ El art. 1º N° 21 de la Ley 20.286, publicada en el Diario Oficial de 15 de septiembre de 2008, modificó la Ley 19.968, de 2004, y dispuso en el inciso 1º de su art. 54-2, lo siguiente: "Facultades del juez en la etapa de recepción. Una vez admitida la demanda, denuncia o requerimiento a tramitación, el juez procederá de oficio o a petición de parte, a decretar las medidas cautelares que procedan, incluyendo la fijación de alimentos provisorios cuando corresponda. Luego de ello, citará a las partes a la audiencia correspondiente".

Los criterios de admisibilidad de prueba recién indicados reproducen el conflicto que antaño existía para justificar la causal de nulidad de matrimonio por incompetencia del oficial del Registro Civil. Antes se planteaba el conflicto entre el valor que debía darse a los testigos del matrimonio y a la declaración de los testigos en el juicio de nulidad. En la práctica, en los antiguos juicios de nulidad de matrimonio se uniformó la admisibilidad de la prueba de dos testigos para probar la causal de nulidad y, con frecuencia, se recurría a los "jureros" (testigos falsos), esto es, a personas que hacían de su profesión testificar. En la nueva Ley de Matrimonio Civil se ha vuelto a esta práctica de admisión de dos testigos para probar el cese de la convivencia por más de un año y también se admite, en el hecho, el denominado "testigo jurero". Se ve así como una antigua corruptela utilizada en las nulidades de matrimonio revive hoy en el divorcio de común acuerdo.

Por otro lado, cabe señalar que el art. 92 de la Ley de Matrimonio Civil establecía:

"Cuando la sentencia que dé lugar a la separación judicial, a la nulidad o al divorcio no sea apelada, deberá elevarse en consulta al tribunal superior, y si él estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiera interpuesto apelación en su oportunidad. En caso contrario, aprobará la sentencia".

Ello implicaba un control de legalidad por parte de las Cortes de Apelaciones. Ese control se suprimió al derogarse el art. 92 antes mencionado, por la Ley 20.286, publicada en el Diario Oficial de 15 de septiembre de 2008, que eliminó el trámite de la consulta al tribunal superior cuando no se hubiere apelado de la sentencia que dé lugar al divorcio, a la separación, o a la nulidad. Ello redundó en que los jueces fueran aun más laxos frente a la acreditación de la causal invocada, y los abogados, muchas veces, con un mal concepto de lo que implica que el juez de familia aprecie la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pretendieran incluso prescindir de dos o más testigos contestes, y presentar certificados de residencia actuales, emitidos por Carabineros de Chile o bien por la junta de vecinos respectiva, es decir, no acreditaban que los cónyuges solicitantes tenían su domicilio donde señalaban, con antelación a un año de la presentación de la demanda, sin considerar además que éstos se dan a sola petición de parte, por lo que el valor probatorio es bastante precario.

A lo expuesto, se suma el hecho de haberse llegado al extremo de que un mismo abogado patrocine a ambas partes en el divorcio de común acuerdo. De esta manera, se incurre en el delito contemplado en el artículo 232 del Código Penal, que establece:

“El abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinar a la vez a la parte contraria en el mismo negocio, sufrirá las penas de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

4. Acuerdo completo y suficiente de regulación de las relaciones mutuas entre los cónyuges y con respecto a sus hijos.

- a. El acuerdo completo y suficiente reviste los caracteres de un requisito de admisibilidad para admitir a tramitación el divorcio de común acuerdo, previsto en el inciso 1° del art. 55 de la LMC.
- b. En el caso de divorcio unilateral, en el que se invoca el cese de la convivencia por más de tres años, contemplado en el inciso 3° del art. 55 de la LMC, no se exige tal acuerdo, puesto que uno de los cónyuges es quien inicia la acción de divorcio. Es frecuente que en la práctica la cónyuge demandada se allane a la acción de divorcio, pero deduzca en forma reconventional demanda por compensación económica.
- c. En la mayoría de los casos de que conocen los Tribunales de Santiago, los hijos habidos dentro del matrimonio son mayores de edad, razón por la cual el objeto del juicio y los puntos de prueba versarán sobre el cese de la convivencia por más de tres años (en el divorcio unilateral), aunque la parte demandada se hubiere allanado a ello y a la procedencia y monto de la compensación económica reclamada. No entenderá el juez, por consiguiente, de aspectos tales como el cuidado personal de los hijos, el régimen de relación directa y regular de aquel de los padres que no tenga la tuición, ni de la pensión de alimentos fuera de los casos de los artículos 321 y siguientes del Código Civil.
- d. Cuando es la mujer la que demanda el divorcio unilateral, la regla casi absoluta es que ella accione sin demandar compensación económica, y que el cónyuge demandado se allane pura y simplemente al divorcio, o se tramite el juicio en su rebeldía.

De cuanto se ha dicho se infiere que el acuerdo completo y suficiente sólo resulta imprescindible en la realidad en el divorcio de común acuerdo y en los casos de hijos menores sometidos a tuición y con derecho a alimentos.

- e. Existe una marcada indeterminación de las obligaciones que asumen los cónyuges en virtud de los acuerdos a que se refiere el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil.

En la práctica, hay casos en que se establece que la comunicación del progenitor que no tiene bajo su cuidado al hijo o la hija será libre. Esto plantea serios problemas para la ejecución forzosa de este derecho, porque no se ha precisado la periodicidad de la comunicación en cuanto a días, horas y frecuencia. Algo similar acontece con las prestaciones económicas que uno de los progenitores deba a los hijos. Existen casos en que la prestación convenida es aquella que "pueda prestar el obligado en la medida de sus posibilidades". De esta manera, se advierte que en algunos casos el acuerdo completo y suficiente no constituye un elenco de derechos y obligaciones determinado, sino que más bien una carta de intenciones sin valor jurídico efectivo. Esto da cuenta de la liviandad con que algunos profesionales han abordado el divorcio de mutuo acuerdo. Con el objeto de tramitarlo "más rápido", sugieren irresponsablemente a sus clientes que firmen el acuerdo en "términos amplios", para que en alguna oportunidad indeterminada a futuro se establezcan las precisiones adecuadas. Esta "fijación libre" del régimen de relación directa y regular y/o de la cuantía de la pensión de alimentos no es aceptada por todos los jueces. Algunos exigen al menos establecer un mínimo, explicándoles a las partes que resulta importante para los efectos de poder exigir su cumplimiento, dado que de aprobarse de esa manera, queda el antiguo régimen de visitas al arbitrio del padre o madre que detenta el cuidado personal del menor de edad. Las partes no siempre reaccionan de buena forma frente a esta intervención del juez: primero, porque su abogado les había dicho otra cosa, y luego, porque argumentan que durante la separación de hecho nunca se han presentado inconvenientes al respecto.

5. Falta de preparación en muchos abogados que intervienen en asuntos de familia, a lo que se agregan casos de malos tratos y falta de deferencia de los magistrados hacia los abogados que litigan ante ellos.

Las deficiencias que se advierten en la calidad de muchos abogados que litigan ante los tribunales de familia tiene su origen en dos aspectos relacionados con los estudios universitarios: por una parte, porque el derecho de familia es considerado en la carrera de derecho como una rama de menor importancia, atendida su excesiva reglamentación, con la salvedad de los regímenes matrimoniales, y, por otra, por la falta de cursos de litigación oral en el derecho de familia. Estas deficiencias, si bien no son aplicables a todas las universidades, son una regla general en las casas de estudios superiores.

Los malos tratos y falta de deferencia de los magistrados hacia los abogados que litigan ante ellos se reflejan, por vía ejemplar, en las esperas de hasta cuatro horas sin que fueran recibidos o se atendieran sus audiencias. Ello fue objeto, incluso, de un auto acordado de la Excma. Corte Suprema para mitigar o eliminar esos

excesos, lo que se materializó a través del Acta N° 41 de 2008, que obligó al juez a recibir las audiencias preparatorias en treinta minutos y las audiencias de juicio en cuarenta y cinco minutos. Esta medida ha minimizado los tiempos de espera en la antesala del tribunal, tanto para abogados como para los usuarios, lo cual es positivo si se considera que en los lugares correspondientes no existe ventilación, aire acondicionado, luz natural ni asientos suficientes para todos aquellos que esperan ser atendidos.

Como crítica a este nuevo sistema de horarios de audiencias se puede decir que para cumplir los citados horarios, los jueces deben suspender las audiencias cuando se exceden en los tiempos preestablecidos, debiendo agendar su continuación para la fecha más próxima que el tribunal tenga disponible, que, por regla general, en Santiago excede los tres meses. Ello atenta contra el principio de la inmediación, consagrado en la Ley de Tribunales de Familia,¹⁷ debido a que la continuación de la audiencia no queda entregada a la misma sala que estaba conociendo del asunto. Asimismo, la circunstancia descrita importa una limitación al ejercicio de la profesión y embaraza el legítimo derecho de defensa.

6. Existe una disyuntiva peligrosa para los jueces de familia, que consiste en el despacho rápido de los asuntos o adentrarse en los conflictos sometidos a su decisión haciendo prevalecer la justicia sobre la rapidez.

a) No pocos jueces se enfrentan a la necesidad de despachar los asuntos de familia sin mayor estudio y acuciosidad empleando en ello el menor tiempo posible, lo cual cuenta con el beneplácito del administrador del tribunal, e incluso de la visión que tienen ciertas Cortes de Apelaciones, las que al momento de calificar a los jueces tienen especial consideración el número de sentencias dictadas y de audiencias realizadas. Es así que un juez puede demorar muy poco tiempo en dictar sentencias tipo, tales como las de rechazo de la acción por abandono, por desistimiento, u otra causa, como aquellas que se inician mediante un parte policial en que se denuncia la vulneración grave de los derechos del niño, o acusan violencia intrafamiliar. El tribunal, aplicando criterios de eficiencia, puede resolver que los hechos denunciados no se enmarcan dentro de los presupuestos del art. 16 bis de la Ley 16.618, en relación a lo dispuesto en los arts. 68 y siguientes de la Ley 19.968, o 5° de la Ley 20.066, desestimando, en consecuencia, de plano la denuncia, sin siquiera citar a una audiencia preparatoria. Tal resolución reviste el carácter de sentencia definitiva, y el juez, por esa vía, obtiene un resultado óptimo en cuanto a su gestión en el tribunal.

¹⁷ Art. 12 de la Ley N° 19.968, de 2004, que "Crea los Tribunales de Familia".

b) La otra posibilidad es que el juez se involucre en el asunto sometido a su conocimiento atendida la relevancia de las materias del derecho de familia. Mas ello tiene un doble costo para el magistrado: por un lado, su desgaste psicológico que conduce a lo que la psiquiatría denomina como “*burnout*” o “*agotamiento*”, que obliga al juez a solicitar licencias médicas, y por el otro, la menor eficiencia de estos jueces al mostrar un menor número de sentencias dictadas que aquellas pronunciadas por otros magistrados, referidas a resoluciones de mero trámite, como ya se ha visto. Ello lo coloca en una posición desmejorada ante el administrador del tribunal y frente a sus superiores jerárquicos.

c) Casos prácticos en que se aprecia la importancia de que el juez dé el tiempo suficiente para examinar con detenimiento el asunto sometido a su conocimiento y decisión.

c.1. Obstáculo para que el padre tenga una relación directa y regular con su hija.

Se planteó ante los tribunales la oposición de la madre de una niña para que ésta alojara el fin de semana en la casa de su padre. Inicialmente daba la impresión que esa oposición podría fundarse en que el padre pudiese abusar o maltratar a su hija. Indagada la situación con más detalle, el tribunal llegó a la conclusión de que el motivo de la oposición obedecía a que el padre no instaba a la niña a cumplir con la higiene debida, por lo que ésta pasaba todo el fin de semana sin realizarse aseo genital, lo cual preocupaba a su madre. La causa de la dificultad llevada a los tribunales era simplemente una cuestión de aseo personal y que los padres no habían logrado enseñar a su hija, transformándose en un asunto contencioso familiar. Esta es una de las tantas situaciones insólitas que se ventilan en los tribunales de justicia, que requieren de cierta dedicación por parte del juez y que acusan la existencia de un submundo en nuestra sociedad que permanece escondido.

c.2 Situación planteada ante los tribunales de familia en materia de reclamación o reconocimiento judicial de paternidad.

Se presentó ante los tribunales de familia una mujer que reconoció haberse entregado a lo que podría denominarse una vida sexual relajada. Por tal motivo, señaló haber concebido un hijo y citó a estrados a tres varones, imputándoles la paternidad de la criatura uno en subsidio del otro. Efectuados los exámenes de ADN respectivos, el primer demandado fue declarado excluido de la posible paternidad; el segundo fue notificado que de acuerdo con los resultados de los exámenes quedaba igualmente excluido de la paternidad; el tercero fue igualmente notificado

de los resultados de los exámenes y contra todo pronóstico fue también excluido de la paternidad. La mujer, ruborizada, exclamó: ¿y ahora qué hago? La jueza de la causa en plena audiencia le dijo a la demandante: “haga memoria”.

A todo lo anterior, se agrega la falta de redes sociales que permitan dar solución efectiva al conflicto sometido al conocimiento de la judicatura de familia. Este aspecto reviste enorme importancia, porque muchas veces lo que es un problema social o médico se judicializa en busca de solución, como acontece, por ejemplo, con un hijo mayor de edad que es drogadicto. Existe a estos respectos una suerte de vasos comunicantes, pues lo que no hace el Estado a través de las redes sociales debe hacerlo el juez en el ejercicio de la jurisdicción.

7. En muchos casos ha sido contraproducente la creación de un administrador del tribunal en reemplazo del secretario del juzgado. Ello obedece a que el administrador no tiene criterio ni conciencia del valor jurídico de los asuntos sometidos a la decisión del tribunal, a diferencia de lo que acontecía con los anteriores secretarios, que si bien no eran utilizados en plenitud en el antiguo sistema, de acuerdo con sus capacidades, sí tenían un criterio jurídico que les permitía priorizar los asuntos de mayor trascendencia en relación con aquellos que no la tenían. El actual administrador del tribunal aplica criterios cuantitativos y no cualitativos, lo que hace que busque privilegiar la cantidad de casos despachados en el menor tiempo posible en vez de solucionar efectivamente aquellos asuntos que son de mayor relevancia jurídica o social y, por lo mismo, requieren de mayor dedicación y acuciosidad.

8. Centro de Medidas Cautelares.

Doña Katherine Casas Cordero concurrió al Tercer Juzgado de Familia de Santiago el 21 de agosto de 2007 señalando que después de una discusión con su marido la noche anterior, éste la amenazó delante de sus hijos diciendo que podía atacarla con un cuchillo y cortarle el cuello. En razón de estos hechos, ella solicitó como medida cautelar la salida del ofensor del hogar común y la prohibición de que su cónyuge pudiera acercarse a ella. Con fecha 5 de septiembre de 2007, el tribunal dispuso que previo a proveer la presentación, la denunciante tuviera una entrevista con la consejera técnica el día 2 de octubre de 2007, a las 8.30 horas. El 22 de septiembre del mismo año doña Katherine Casas fue asesinada por quien la amenazó, registrándose como causa de la muerte anemia aguda, producto de una herida cervical cortopunzante...¹⁸

¹⁸ Expediente F-1952-2007 del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

La situación descrita, que fue publicitada con caracteres de escándalo por la prensa, dio origen al auto acordado de la Excm. Corte Suprema, que consta del Acta N° 212-2007, que "Crea Centro de Control, Evaluación y Resolución de Medidas Cautelares en Materias de Violencia Intrafamiliar y Otras de Competencia de los Juzgados de Familia", a fin de resolver en forma expedita las medidas cautelares y otras materias de carácter urgente.

Entre aquellas que merecen especial atención del Centro, se encuentran las referidas a los niños vulnerados. Se trata de menores de 18 años de edad que se ven gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos. La ley no define lo que se entiende por grave amenaza o vulneración de sus derechos, lo que plantea un reenvío a la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Es de común conocimiento de los tribunales de familia la situación de "niños en situación de calle o de socialización callejera", que se refiere a menores que carecen de familia o de adulto responsable de su cuidado. De acuerdo con la Convención Internacional de Derechos del Niño¹⁹ el Estado debería proporcionar a este niño abandonado un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y de su dignidad. Llevada esta norma a la realidad, se registran numerosos ingresos de esta clase de menores a los hogares del Sename, quienes se escapan de esos establecimientos y suelen reagruparse en las calles, plazas o bajo los puentes de las ciudades a consumir drogas o a prostituirse por un poco de dinero.

Es también habitual entre los menores "en situación de calle" la prostitución homosexual, particularmente en aquellos menores de quince años, sin que existan hogares que acojan exclusivamente a estos niños. Ello obliga a incorporarlos sin discriminación en los hogares del Sename, lo cual crea un severo problema al interior de estos establecimientos, pues atentan contra la integridad de los otros menores en custodia y alteran el orden de la población bajo el cuidado del Servicio.

Por consiguiente, puede decirse que las redes públicas no son idóneas para el cuidado, protección y rehabilitación de los niños vulnerados. A más de lo expuesto, confirman esta conclusión los siguientes hechos: El Hospital Calvo Mackenna no contempla el programa de desintoxicación de drogas. Los demás hospitales públicos no los consideran, porque atienden a adultos y no a niños.

¹⁹ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

La única opción que queda es el Hospital Psiquiátrico de la calle Olivos, en la ciudad de Santiago, el cual no siempre acepta este tipo de casos, en especial, cuando se trata de niños de muy corta edad. Por lo demás, incorporar a un niño en ese tipo de establecimiento de salud, con la violencia y el ambiente que allí se viven, no ofrece perspectivas favorables para un tratamiento. En otros casos, hay reparticiones especiales en algunos municipios denominadas "Oficinas de Protección de Derechos", pero para acceder a ellas existe una demora entre cuatro y seis meses. Por último, no son pocos los casos en que estas entidades carecen de recursos materiales y profesionales para abordar estos problemas de los menores.

9. Situación del adulto mayor.

a) Deficiencias de la legislación.

La legislación no protege adecuadamente al adulto mayor, particularmente en lo que se refiere al maltrato de que es víctima este grupo etario. La Ley 19.828, de 2002, que "Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor", dispone que el Servicio "velará por la plena integración del adulto mayor a la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen". Establece, además, que para todos los efectos legales, se llama adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años.

Los objetivos del Servicio Nacional del Adulto Mayor no encuentran un reconocimiento explícito en la competencia de los tribunales de familia, al tenor del artículo 8° de la Ley 19.968, de 2004. Es así que jueces de familia se declaran incompetentes para conocer de casos de abandono o maltrato de adultos mayores. Lo mismo sucede con los juzgados de garantía, en atención a que si ese maltrato no se enmarca en figuras penales típicas, como lesiones u otras semejantes, expresamente sancionadas por el Código Penal, tampoco aceptan conocer de tales hechos.

A todo lo expuesto se agrega que no existe un organismo estatal o gubernamental con capacidad de solucionar los problemas de los adultos mayores. Desde luego, el Servicio Nacional para el Adulto Mayor no tiene facultades para hacerse parte en las causas y no cuenta con hogares donde ubicar a los ancianos maltratados o abandonados. Esto último se ha manejado más bien a través de organismos privados a los que se dirigen ciertos aportes económicos del Estado en conformidad con la Ley 19.828, de 2002.

b) Casos reales.²⁰

- i. Un señor de 85 años, inválido, vive solo acompañado de diecisiete perros. Un nieto va a su hogar a alimentarlo una vez al día, y vacía el balde en el que orina y defeca. Los perros no reciben alimentos, por lo que ladran todo el día, se muerden entre ellos, y algunos mueren de hambre en el mismo recinto. Los perros defecan en cualquier lugar, por lo que las ruedas de las sillas en que se transporta el anciano esparcen la suciedad por toda la casa.

Se formuló denuncia por los vecinos a causa de los ruidos de los perros hambrientos y del hedor que expedían los cadáveres de los canes muertos. La Municipalidad tomó conocimiento de este hecho, pero no encontró a nadie de la familia del anciano que pudiera asistirlo eficazmente, a lo que se agregó el obstáculo que ponía el afectado al ingreso de cualquier persona a su hogar por temor a que le quitaran los perros. Incluso llegó a amenazar a los que se acercaban a su casa con quemar el recinto con él y sus animales adentro.

La Municipalidad pidió protección para el anciano, a fin de que se ordenara su ingreso a algún hogar, lo que no prosperó por la falta de vacantes. El tribunal dictó una medida de protección que permitió el ingreso de este adulto mayor a un recinto hospitalario.

Lo extraño de esta situación es que el origen de la denuncia no obedeció al interés de proteger al anciano, sino de poner término a las molestias que causaban los perros, lo que hizo que los vecinos recurrieran a la prensa, y de esta manera se gestara el ingreso de la persona mayor a un recinto hospitalario.

- ii. Se inició por parte de un vecino una denuncia ante los tribunales de familia por abandono de una persona mayor, a través de "P", que significa procedimiento de protección. El tribunal rechazó la acción por ser incompetente, dado que las medidas de protección de la Ley 16.618 se refieren a menores de edad, es decir, a todos aquellos menores de dieciocho años, respecto de los cuales se estima que están vulnerados en sus derechos o que éstos están gravemente amenazados. No obstante lo anterior, el juez derivó los antecedentes a la Municipalidad respectiva, para que se verificara el estado de abandono, y se gestionara el ingreso del adulto mayor a algún hogar residencial.

²⁰ Conferencia de la jueza de familia señora Carolina Bustamante Sasmay, sobre "Tribunales y Tercera Edad", en la Universidad Finis Terrae, mayo de 2009.

- iii. Se denunció un caso de violencia intrafamiliar (VIF) por parte de una sobrina, manifestando que su tía, de ochenta y cinco años, era víctima de malos tratos por parte de su pareja, que la zamarreaba y le tiraba el pelo. Citadas las partes a la audiencia respectiva, la denunciante no compareció, pero sí lo hicieron la supuesta víctima con el presunto agresor, su pareja de setenta y seis años, ambos tomados del brazo. Con lágrimas expresaron ante el juez que convivían hace treinta y seis años, cuidándose mutuamente, y que la sobrina se había enojado porque deseaba que vendieran la propiedad que habitan a fin de recibir un dinero que ella suponía como propio. Ellos manifestaron al tribunal lo mucho que les costaba desplazarse de un lugar a otro, pero que concurrían a estrados para "limpiar su honra".
- iv. Un nieto inició una causa por VIF, señalando que un hijo de un matrimonio de ancianos ingresa drogado al hogar conyugal, destruyendo el mobiliario e insultando a sus padres, abuelos del denunciante. La consejera técnica se comunicó con el Senama, recibiendo como respuesta que el Servicio Nacional de Adulto Mayor no admite notificaciones telefónicas ni por vía de correo electrónico, agregando que la entidad carece de recursos para enviar asistentes sociales para verificar los hechos de la denuncia. El tribunal rechazó la acción por estimar que era un problema social cuyo conocimiento no compete a los tribunales de familia.

c) Proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.066, de Violencia Intrafamiliar, y otros cuerpos legales, para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional.

Por Mensaje N° 608-305, de 24 de agosto de 2007, S.E. la Presidenta de la República inició la tramitación del proyecto mencionado, expresando lo siguiente:

– Tanto la cantidad de personas mayores, como la proporción de este grupo etario sobre la población total, están aumentando significativamente, crecimiento que continuará según las proyecciones.

Adultos mayores de 60 años y su porcentaje en la población.

2000	%	2007	%	2010	%	2025	%	2050	%
1.568.467	10,2	2.007.691	12,1	2.213.436	13	3.846.562	20,1	5.698.093	28,2

Relación porcentual entre los menores de quince años y los mayores de cincuenta y nueve.

2002	2010	2020
45 adultos mayores por cada 100 menores de 15 años	60 adultos mayores por cada 100 menores de 15 años	85 adultos mayores por cada 100 menores de 15 años

- En una Mesa de Trabajo del Senama se acordó la siguiente definición de maltrato a una persona mayor: "Cualquier acción u omisión que produce daño a una persona mayor y que vulnera el respeto a su dignidad y al ejercicio de sus derechos como persona".
- Se diagnosticó una situación doblemente preocupante en relación al maltrato del adulto mayor. Por un lado, la invisibilidad del fenómeno por parte de la opinión pública, acrecentado por la ausencia de mecanismos de protección que permitan prevenir o disminuir su ocurrencia. Y, por otro, la percepción cada vez más intensa, por parte de las personas mayores, de un problema que los afecta y al que no encuentran solución. Ello provoca el actual estado de indefensión jurídica de los adultos mayores, respecto al maltrato en nuestro país.
- Se propuso el siguiente contenido:

"1. En primer lugar, incluye al adulto mayor, como grupo vulnerable específico en la legislación sobre Violencia Intrafamiliar, Ley N° 20.066, que actualmente sólo se refiere a mujeres, niños y discapacitados.

En dicha normativa no hay referencia explícita al adulto mayor, lo que contribuye a la no consideración de las personas mayores como grupo vulnerable, en la aplicación de esta nueva ley.

2. En segundo lugar, especifica en la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, dentro de las medidas cautelares de protección a la víctima de violencia intrafamiliar, la medida de protección señalada en el artículo 92 N° 8, en el sentido de dotar al tribunal de facultades especiales en el caso del adulto mayor abandonado, que requiere de cuidados. Actualmente, el tribunal de familia no cuenta con atribuciones específicas para adultos mayores en esta situación, lo que se ha traducido en el desamparo de las personas mayores que lo sufren.

3. *Por otra parte, se busca corregir la norma del artículo 84 de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia.*

Este artículo señala a los obligados los hechos que pudieren constituir violencia intrafamiliar, remitiéndose al artículo 175 del Código Procesal Penal. Además, esta norma agrega la obligación de denunciar a quienes tengan el cuidado personal de aquellos que por sí mismos no pudieren formular la respectiva denuncia. En este segundo caso, se propone reformar el artículo, agregando un nuevo inciso que aplique igualmente la sanción del artículo 494 del Código Penal a los parientes que ejerzan este cuidado personal, pues actualmente se encuentran eximidos de esta pena por el artículo 177 del Código Procesal Penal.

4. *Finalmente, el proyecto amplía la protección cuando la víctima sea una persona mayor, en relación al abuso patrimonial del que es objeto, para lo cual se propone excluir la excusa legal absolutoria del artículo 489 del Código Penal en los casos en que ésta es víctima”.*

No obstante la urgente necesidad de proponer mecanismos de protección legal para los adultos mayores víctimas de maltrato, como lo señala el Mensaje Presidencial, el proyecto de ley iniciado en agosto de 2007, hasta esta fecha (mediados del 2009), aun no es despachado por el Congreso.

X. Conclusiones

- A. La entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, que entre otras instituciones consagró el divorcio vincular, ha significado la terminación de matrimonios por la vía del divorcio en número y porcentaje inmensamente superiores a lo que acontecía antes con las nulidades de matrimonio.
- B. Existe un marcado descenso de los matrimonios celebrados desde el año 2000 a 2008, y la tasa de matrimonios ha descendido en un 50% desde 1990 al año 2000.
- C. La cifra de hijos no matrimoniales es casi el doble de los hijos matrimoniales, lo que indica el descrédito del matrimonio y el desarrollo de las uniones libres o de la libre convivencia.
- D. Existe una serie de deficiencias en la capacitación de las personas antes de contraer matrimonio y el 80% de las causas de los divorcios tienen su origen en la época del pololeo.

- E. La justicia de familia presenta insuficiencias en lo concerniente a recursos materiales; al ejercicio de la judicatura de familia en la que prevalece el arbitrio judicial y criterios de eficiencia económica en la gestión, que prefieren al criterio de justicia para resolver los asuntos.
- F. La forma de legislar es inadecuada tanto por los vacíos que dejan las leyes de familia cuanto porque el legislador no atiende a la realidad en que se van a aplicar los preceptos legales.
- G. Existen profundas deficiencias en la rehabilitación de los menores en situación de riesgo social o vulnerable y escasa protección del adulto mayor.
- H. Falta una política seria de apoyo a la familia, porque ésta ya no puede esperar...

Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009

Cecily Halpern Montecino

Directora de Carrera

Profesora Titular de Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Héctor Humeres Noguera

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Los intereses de los actores que intervienen en la relación de trabajo tensionan inevitablemente los enfoques respecto de la regulación legal que ha de darse a la misma. Así, de una parte, el trabajador pretende obtener mejores beneficios y mayor protección de su calidad de vida personal durante el desarrollo de la actividad laboral (seguridad, permisos, remuneraciones, feriados, etc.); las empresas, a su vez, luchan por ser sustentables y cuestionan el otorgamiento de derechos laborales que afecten sus costos y rentabilidad, y los gobiernos, las más de las veces, convierten el tema laboral en una bandera ideológica de corto plazo, en lugar de visualizarlo como uno de los ejes de crecimiento e integración social. En nuestro país, estas visiones desintegradas se han manifestado con fuerza. Paradójicamente, muchas veces ello pretende resolverse por la vía legislativa.

En efecto, si algo caracteriza a la legislación laboral del período 1999-2009 –etapa que se nos ha solicitado analizar en este trabajo–, es su extraordinaria frondosidad y permanente modificación. Evidencia de ello es que, en este último tiempo, los cambios a la misma han significado la renovación de más del 50% de su normativa y el incremento del articulado del Código del Trabajo en cerca de un centenar de preceptos, lo que es un caso que creemos único en la legislación nacional. Este crecimiento podrá pasar inadvertido a quien no haga una lectura rigurosa y completa de su texto, ya que se incorpora, muchas veces, en los números bis o a través de letras en un mismo número del articulado.

Este verdadero record obedece a que esta rama del derecho procura cumplir de esta forma con su carácter realista, siguiendo muy de cerca el acontecer social y económico del país, el que ha evolucionado –en el período que se comenta en este trabajo– en forma permanente y a la vez sustancial, dada la globalización de las relaciones y nuevos vínculos comerciales que se generan. Ello tiene un

relevante impacto en el quehacer de la empresa, producto del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y el consecuente dirigismo contractual, principios que, como se sabe, limitan la autonomía privada, obligan a adoptar determinadas actitudes y rigen el comportamiento de los particulares.

Esta característica se ha hecho manifiesta en la legislación laboral nacional del último decenio, tanto en el derecho individual como en el derecho colectivo del trabajo, así como en el ámbito de la protección de la salud en el trabajo. Especialmente acentuado lo advertimos en el ámbito de la seguridad social, área en la que este periodo ha significado una gran cantidad de reformas legales, que revisaremos someramente en su oportunidad.

Para una mejor sistematización de las materias reformadas, el presente trabajo las presentará agrupadas en las grandes instituciones laborales, según un orden lógico de las mismas.

1. Ámbito de aplicación de la normativa laboral

Respecto de este punto, conviene señalar, desde luego, que la tendencia que se observa es abarcar una serie de nuevas actividades, pudiendo citarse al efecto el caso de los trabajadores que prestan servicios en los oficios de notarias, archiveros o conservadores (Ley N° 19.945, de 2004); los trabajadores de artes y espectáculos (Ley N° 19.889, de 2003); los deportistas profesionales (Ley N° 20.118, de 2006); y los tripulantes de cabina de naves aéreas (Ley N° 20.321, de 2009). Además, debe considerarse la ampliación de la regulación incorporada para los trabajadores regidos por subcontratos y la nueva regulación establecida para los trabajadores transitorios o suministrados (Ley N° 20.123, de 2006).

2. Derechos fundamentales inespecíficos

En el ámbito de las garantías constitucionales de las personas, aplicables a la relación de trabajo, la ley laboral ha recogido explícitamente el mandato de la Carta Política en el sentido de hacer exigible, sobre todo para los trabajadores, aquellos derechos que clásicamente no se entendían vinculados a la relación laboral. Expresión de ello es la modificación del artículo 2° del Código del Trabajo (*CT en adelante*), mediante la inserción de varios nuevos incisos, lo que denota la relevancia que ha adquirido el tema en el ámbito del trabajo (Leyes N°s 19.812, de 2002, 19.684, de 2000 y 20.005, de 2005). En este contexto, debemos hacer especial mención a la tutela ante la discriminación arbitraria, de la cual se ha hecho cargo el legislador, disponiendo la vigencia efectiva de la misma al establecer, en el nuevo inciso 8° del artículo 2° del CT, que las

obligaciones que se derivan de esta garantía para el empleador “se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren” (Ley N° 20.005, de 2005).

A fines de mayo del presente año, se aprobó la regulación para el logro de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. La propuesta dispone, entre otras obligaciones, que todo empleador, con cinco o más trabajadores, debe mantener un registro escrito que consigne los diversos cargos o funciones ejercidos por sus dependientes, designando el número de personas que los desempeñan y señalando los nombres de quienes actualmente los ejercen. Dicho registro estará a disposición de cualquiera de sus trabajadores y del inspector del trabajo competente.

En este mismo orden de ideas, cabe consignar que también fue modificado el artículo 5° del CT, cuyo nuevo texto establece una expresa limitación al ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador dentro de su potestad jurídica de mando, al señalar que éste debe ejercerse con *“el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”* (Ley N° 19.759, de 2001). Concordante con la idea antes expuesta, debe hacerse referencia a la obligación de recoger estos temas como estipulaciones del Reglamento Interno de la Empresa. Especial mención merecen aquellas disposiciones relativas al acoso sexual y a los controles y revisiones que puede ejercer el empleador en relación a las obligaciones y prohibiciones a que están sujetos los trabajadores, lo que implica una expresa restricción al poder de mando del empleador.

Se manifiesta, igualmente, la relevancia otorgada a esta temática, en la clara obligación del empleador de mantener reserva de los datos personales que obtenga con motivo de la contratación de los trabajadores (Art. 154 bis Ley N° 19.759, de 2001), así como la restricción establecida en el ámbito de aplicación de las conductas que configuran la causal del número 1 del artículo 160, en lo que se refiere a las conductas indebidas del trabajador. Nos referimos más ampliamente a este punto en el acápite reservado a la terminación del contrato de trabajo. Asimismo, este tema se vincula con el nuevo procedimiento de tutela laboral, que es parte fundamental de la reforma a la justicia del trabajo, a la cual también aludiremos más adelante.

Sobre el particular, es de interés hacer referencia a la elaboración por parte del sector público de una *“Guía de Buenas Prácticas Laborales sobre No Discriminación en la Empresa”*, la que posteriormente fue adoptada por la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC), lo que constituye una clara señal de la conciencia que al respecto se ha impuesto en el país.

3. Contrato de trabajo

La legislación aprobada en el decenio en estudio denota claramente la tendencia de profundizar el carácter de dirigido del contrato de trabajo, restringiendo la libertad de las partes para crear normas convencionales que les permitan introducir un contenido adecuado al devenir de su relación, lo que resulta especialmente relevante en materias como la jornada de trabajo y las remuneraciones. Sin embargo, se advierte una excepción, que radica en la posibilidad que se confiere a las partes de pactar una suerte de polifuncionalidad en la prestación de los servicios, facultad incorporada al número 3° del artículo 10 por la Ley N° 19.759, de 2001.

Del mismo modo, es destacable el hecho de que se haya logrado una paulatina pero progresiva adecuación de la legislación a los convenios de la OIT ratificados por Chile. Ello se ha concretado, por ejemplo, en relación a la edad mínima para celebrar contratos de trabajo, la que se aumentó desde los 14 a los 15 años, en conformidad a la norma internacional. Las leyes números 20.069, del año 2005, y 20.189, de 2007, marcan la tendencia de priorizar la escolaridad de los menores por sobre su actividad laboral.

4. Jornada de trabajo

Siguiendo con la tendencia de recepcionar internamente la normativa internacional, la jornada ordinaria de trabajo se redujo de 48 a 45 horas semanales (Ley N° 20.178, de 2007). Esta modificación generó numerosos debates y controversias, principalmente en torno a cómo retribuir la disminución del tiempo de trabajo en relación a las remuneraciones ya acordadas. Fueron necesarios numerosos dictámenes de la Dirección del Trabajo para clarificar el efecto comentado. La discrepancia ya ha sido superada.

En esta área, debemos destacar, asimismo, una serie de modificaciones a la jornada de trabajo de actividades especiales, como es el caso de los trabajadores que se desempeñan a bordo de naves pesqueras (Ley N° 19.759, de 2001), de choferes y auxiliares de locomoción colectiva interurbana, de los servicios de locomoción interurbana de pasajeros y del personal que se desempeña a bordo de ferrocarriles (Ley N° 20.271, de 2008), de los trabajadores dependientes del comercio (Ley N° 20.215, de 2007). Agréguese a lo ya dicho todas aquellas modificaciones que tienden a resguardar de mejor manera el descanso y la salud de los trabajadores de estos sectores.

Del mismo modo, es necesario mencionar la restricción en la realización de trabajo en horas extraordinarias, el que se sujetó a regulaciones más restrictivas

(Ley N° 19.759, de 2001), con el objeto de resguardar la salud de quienes las desarrollan como también de fomentar el empleo.

En nuestra opinión, se advierten –tanto en las modificaciones legales que dicen relación con la jornada de trabajo, como en los descansos y en los permisos y feriados– una tendencia a pretender conciliar de mejor manera las responsabilidades familiares de los trabajadores con sus obligaciones laborales, no sólo por razones de género, sino que también para equilibrar, entre ambos padres, la responsabilidad inherente a la familia. En este punto, las Leyes N°s 20.047, 20.058, de 2005, y 20.137, de 2006, han ampliado estas garantías a favor de los trabajadores y de sus familias, al incorporar nuevos permisos y beneficios fundados en estas razones.

Asimismo, es de destacar la liberalización de ciertos descansos, como el descanso semanal, dando lugar a pactos de días interferidos o feriados especiales (Leyes N° 19.920, de 2003, y 20.215, de 2007) y la incorporación de la jornada parcial. Esta reglamentación pretendió incentivar el uso de esta modalidad de jornada por parte del empleador (Ley 19.759, de 2001).

En este punto, debemos destacar que la llamada “ley de semana corrida” (Ley N° 20.281), recientemente aprobada, contiene una nueva norma aplicable a quienes están exceptuados de la limitación del cumplimiento de la jornada de trabajo, la que, en virtud de la introducción de una presunción legal vinculada a los controles que efectúa el empleador, busca incorporar a este grupo de trabajadores al sistema legal de jornada de trabajo máxima.

5. Remuneraciones

En esta materia, la innovación más relevante ha sido la modificación del concepto de sueldo base, su vinculación con el ingreso mínimo y el beneficio del pago de la semana corrida (Ley N° 20.281, de 2008). La confusa redacción de esta norma legal motivó la dictación de seis sucesivos dictámenes de la Dirección del Trabajo, en virtud de los cuales se pretendió establecer el sentido y alcance de las nuevas disposiciones, polémica que aún no ha terminado y que se encuentra supeditada a los pronunciamientos judiciales consiguientes.

De igual manera, resulta necesario reiterar una materia que ya se adelantó en el párrafo concerniente a las garantías fundamentales, que dice relación con la igualdad de remuneraciones entre hombre y mujer, norma recientemente aprobada y que empezará a regir en nuestro país bajo la ley N°20.348, dentro de seis meses.

6. Contratos especiales

Un aspecto digno de resaltar es el especial cuidado y las medidas de seguridad que ha impuesto el legislador en la regulación del trabajo agrícola. Entre muchas otras, merece citarse la incorporación de reglas especialmente dirigidas a regular las labores que desempeña el trabajador frente al contacto con pesticidas, plaguicidas o productos fitosanitarios tóxicos (Ley N° 20.308, de 2008).

Del mismo modo, ha nacido un nuevo contrato que protege a los trabajadores de artes y espectáculos, el cual contiene una detallada regulación de esta actividad (Ley N° 19.889, de 2003). Igual mención puede hacerse del contrato de los deportistas profesionales y actividades conexas (Ley 20.118, de 2007).

En el contrato especial de trabajadores de casa particular (Ley N° 20.336, del año 2009) se incorporó un régimen especial de descanso en los días feriados para aquellos que vivan en la casa del empleador, beneficio que ya está en aplicación en dicho sector laboral.

7. Terminación de contrato de trabajo

Además de lo ya mencionado en este trabajo, en cuanto a la restricción de algunas causales de despido, cabe consignar la incorporación del acoso sexual como causa justificada de terminación de contrato (letra b) del número 1 del artículo 160 introducida por la Ley N° 20.005, de 2005). Agreguemos, en relación con este punto, que en virtud de dicha norma el empleador debió incorporar un capítulo especial en los Reglamentos Internos de Empresa destinado a prevenir conductas constitutivas de actos atentatorios, así como un procedimiento de investigación.

Especialmente relevantes en esta materia resultan las modificaciones introducidas, respecto a la nulidad del despido, por la llamada "Ley Bustos" (Ley 19.631, de 1999). Esta norma vinculó el no pago oportuno de las cotizaciones previsionales con la ineficacia del despido. Posteriormente, y ante una interpretación de la Cuarta Sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, que acotó –inicialmente– el periodo durante el cual se estimaba se producía la convalidación, asimilándola al periodo de prescripción de las acciones judiciales, se dictó la ley interpretativa número 20.194, del año 2007, que extendió la obligación de remunerar al trabajador por la totalidad del tiempo que permanecieran impagas las cotizaciones previsionales adeudadas.

Debemos destacar también el aumento de los recargos de las indemnizaciones por término de contrato introducido por la ley N° 19.759, de 2001. Asimismo,

la mayor fuerza ejecutiva de las deudas por concepto de indemnizaciones, prescritas por la ley N° 20.005, de 2005, todo ello acentuado por la ley que reforma la justicia del trabajo. Esta última incorpora como nuevo título ejecutivo la carta de despido del empleador, cuando la causal invocada es la de "necesidades de la empresa", así como también el pacto de pago en cuotas, si el empleador cumple oportunamente.

Igualmente, es destacable la relevancia que se ha otorgado a los organismos previsionales en relación con la función de acreditación de las cotizaciones previsionales adeudadas, materia de interés probatorio en caso de controversia judicial. Todo ello de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.844, del año 2003, que complementó, en este sentido, el artículo 177 del CT, que regula el finiquito laboral.

8. Capacitación ocupacional

En el período que se examina, se han dictado varias disposiciones legales destinadas a incentivar la capacitación ocupacional. La vía escogida para estos efectos es facilitar una mejor y más pronta imputación de los beneficios tributarios de la capacitación ocupacional por parte del empleador (Ley 19.759, de 2001).

Del mismo modo, debe mencionarse la posibilidad de sustituir el pago de multas en aquellas empresas de 9 o menos trabajadores, por la asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo con duración de dos semanas (Art.506 CT, introducido por la Ley N° 19.759, de 2001).

9. Contratación atípica

La flexibilidad laboral no ha estado ausente en la actividad legislativa del período en examen. En efecto, encontramos normas que regulan de una forma diferente a la tradicional, las prestaciones de servicios de la relación laboral. Para estos efectos, el artículo 8° incorporó la presunción de existencia del contrato de trabajo a domicilio (Ley N° 19.759, de 2001). También se regula el teletrabajo, que es aquel que se realiza mediante medios informáticos o de telecomunicaciones.

Mención aparte merece la nueva regulación de la tercerización de los servicios, en las modalidades de la subcontratación y de los servicios transitorios (Ley N° 20.123, de 2006). En materia de subcontrato, debe resaltarse lo relativo a la elevación del grado de responsabilidad –de subsidiario a solidario– por parte de

la empresa usuaria. Del mismo modo, la importancia que cobra, a este respecto, el ejercicio del derecho de información y la certificación del cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, así como el derecho legal de retención. Muy relevante ha sido la incorporación de nuevas obligaciones en relación a las medidas destinadas a proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, en concordancia con normas ya existentes en la Ley de Accidentes del Trabajo y el deber general de protección del artículo 184 del CT.

Asimismo, respecto a los servicios transitorios, debe señalarse la nueva regulación de este tipo de empresas, y la creación de tipos de contratos desconocidos a la época, como son el “contrato de puesta a disposición de trabajadores” y especialmente, el “contrato de trabajo de servicios transitorios”, en los cuales las empresas se encuentran sujetas a una serie de restricciones y especificaciones que inciden en temas tales como la huelga y la duración de la contratación.

Se debe tener presente que esta ley especial, N° 20.123, ha sido íntegramente incorporada al artículo 183 del CT, el que hoy día incluye en su texto la totalidad de las letras del abecedario.

10. Protección de la maternidad

Una serie de leyes incorporaron nuevos beneficios en favor de la madre trabajadora, y en algunos casos también respecto del padre, que en definitiva se encaminan a la mejor protección de la familia.

Una breve descripción de estos beneficios nos indica lo siguiente: se enfatizó el derecho al amamantamiento, incluyendo en él a las madres que no tienen al niño en la sala cuna que provee la empresa (Ley N° 20.166, de 2007) y al pago de los gastos de traslado en que incurren las mismas; se aumentó el permiso pagado por nacimiento o muerte de hijos (Ley N° 20.137, de 2006), y se concedió fuero al padre, en caso de muerte de la madre en el parto o durante el descanso postnatal (Ley N° 19.670, año 2000).

Corresponde resaltar también la publicación de la Ley N° 20.047, del año 2005, que modifica el artículo 195 del Código del Trabajo, estableciendo el denominado postnatal masculino, el cual beneficia, a contar de dicha fecha, a todos los trabajadores dependientes. La nueva normativa concede al padre trabajador un permiso de 4 días con ocasión del nacimiento de un hijo, el cual se suma al día que por esta misma causa contemplaba anteriormente la legislación laboral en el artículo 66 del Código del Trabajo. Este permiso es irrenunciable y de cargo del empleador, lo que significa que no puede ser compensado en dinero ni imputado a vacaciones, y debe ser utilizado dentro del primer mes

de ocurrido el nacimiento. Esta disposición se aplica también a los padres que adopten hijos, en cuyo caso el permiso deberá hacerse efectivo dentro del mes que siga a la dictación de la sentencia definitiva que otorgue la adopción.

11. Organizaciones sindicales

En esta área del derecho laboral, la relevancia gira en torno a las modificaciones introducidas por la Ley 19.759, de 2001.

La primera innovación que se presenta se refiere al ámbito de aplicación de la legislación sindical, al incluir a las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa. Por otra parte, esta ley abrió la posibilidad de que se constituyan tipos de sindicatos no expresamente nominados.

En materia de constitución sindical, se aprobaron diversas normas que tienden tanto a amparar su organización, como a las personas que lo integran, por ejemplo, el fuero de que gozan sus integrantes y que tiene efecto retroactivo, institución que en la actualidad se ha prestado para debatir en torno al "sindicato del día después". Algunos pronunciamientos judiciales, al resolver respecto de ciertos despidos, han tratado este tema. Señalan al efecto que es menester que prevalezca la garantía constitucional de la libertad sindical por sobre el poder del empleador de organizar y dirigir su empresa.

Los quórum para la constitución de los sindicatos también fueron reducidos, buscando con ello promover su existencia y elevar la tasa de sindicación, estableciendo un mínimo de ocho trabajadores. Sin embargo, se puede sostener que los resultados a la fecha, demuestran que lo que se ha logrado no es aumentar la tasa, sino una atomización de las organizaciones sindicales.

En materia de estatutos sindicales, se simplificó notoriamente su contenido, procedimiento de elaboración y vigencia, dejándolos radicados en manos de los afiliados, reconociendo de este modo ampliamente el derecho de libertad sindical (Art. 231). El Directorio Sindical también fue regulado en el sentido de establecer libertad en el número de directores; sin embargo, el fuero sólo se aplica al número contemplado en la ley laboral. El patrimonio sindical fue objeto de mayor resguardo, pero aun así se presenta como insuficiente, dada la composición de dicho patrimonio compuesto por diversos tipos de bienes o valores.

Se ha observado la tendencia a reforzar la protección a la libertad sindical, a través de procedimientos más expeditos y con altas sanciones. Ello se advierte con mayor nitidez en la última reforma al procedimiento laboral, al establecerse

que las denuncias por prácticas antisindicales se tramitarán conforme al procedimiento de tutela. El fallo de condena resulta especialmente relevante en el caso que el juez considere que el despido fue parte de una práctica antisindical, con aumentos muy significativos en las indemnizaciones a pagar, como asimismo la posibilidad de decretar la reincorporación del dirigente afectado, volviéndose al sistema de estabilidad absoluta en el empleo respecto de ellos.

Otro aspecto a destacar son las restricciones para solicitar la disolución del sindicato, al derogarse el derecho del empleador a solicitarla. Finalmente, en materia de fiscalización, las modificaciones legales apuntan en el sentido de eliminar todas aquellas normas que sujetaban a estas organizaciones a la fiscalización de la Dirección del Trabajo, con la finalidad de aumentar su autonomía.

12. Negociación colectiva

En esta materia cabe consignar la extensión del fuero que protege a quienes están involucrados en la negociación colectiva desde 10 días antes de la presentación del proyecto, hasta 30 días posteriores a la suscripción, plazo que se aumenta en el caso de los integrantes de la comisión negociadora que no están amparados por el fuero sindical.

Otro aspecto relevante lo constituye la nueva regulación otorgada a la negociación colectiva no reglada, la que se sujeta a una serie de restricciones, tanto en materia de quórum como finalidades, todo lo cual en el hecho implica un fuerte desincentivo para su uso; también se consignan nuevas normas especiales tendientes a facilitar la negociación colectiva por parte de los trabajadores agrícolas de temporada, con un pormenorizado catálogo de las materias objeto de esta negociación. En cuanto al proceso mismo de negociación, cabe destacar la ampliación del plazo en el cual los trabajadores pueden exigir la entrega de información relevante para el adecuado petitorio, como asimismo la obligatoriedad que se ha establecido para el empleador de comunicar a los trabajadores que no participan del sindicato o grupo negociador de la presentación de un proyecto de contrato colectivo, aspecto que antes era voluntario.

En este mismo orden de ideas, cabe mencionar que se han establecido facilidades para la participación en la negociación de empresa, de dirigentes de entidades de mayor grado, como federaciones y confederaciones. En la negociación interempresas se han rebajado los quórum para presentar proyectos de este tipo.

En cuanto a la huelga, se ha establecido la opción de cualquiera de las partes de pedir la mediación de la Dirección de Trabajo, lo que ha tenido gran aplica-

ción, ya que ambas partes han visto en ella bases de acuerdo más razonables. La institución denominada "reemplazo de trabajadores" durante la huelga, también ha sido restringida; es así como la ley obligó al pago de un bono por cada trabajador reemplazado, materia que debe vincularse con las restricciones que sobre el particular se contienen en las normas sobre suministro de personal, las que prohíben la contratación de trabajadores transitorios para cumplir dicho rol.

Por último, en el tema de las prácticas desleales en la negociación colectiva es necesario señalar que se establecen nuevas facultades a la Inspección del Trabajo para denunciar estos hechos.

13. La reforma a la justicia del trabajo

El debate en torno al nuevo proceso del trabajo se inició el año 2000, discusión que culminó con la aprobación de normas que regularon separadamente la estructura orgánica y la procedimental propiamente tal.

En lo que respecta a lo estrictamente procesal, la normativa fundamental fue la Ley 20.087, de 2007, cuya vigencia ha sido gradual a lo largo del territorio del país. Esta ley, modificada por la Ley N° 20.260, de 2008, estableció un nuevo sistema para la tramitación de los juicios laborales, basado, como se anticipó, en la oralidad, la celeridad, la concentración y la publicidad de la mayor parte de sus actuaciones, junto con la inmediación personal del juez, quien deberá presidir personalmente las audiencias.

El 30 de abril recién pasado se inició la tercera etapa de esta reforma procesal laboral en las regiones Segunda, Sexta, Séptima y Octava, con lo cual ya estará vigente en más de la mitad del territorio nacional. En la Región Metropolitana se inicia el 31 de agosto próximo. Esta reforma procesal producirá cambios importantes en las relaciones laborales de nuestro país, dado que los procedimientos que establece van mucho más allá de una modificación meramente formal de los juicios. Se vinculan con la esencia del diario vivir en la empresa y con temas que hasta hoy rara vez se discutían en juicios del trabajo.

A modo de ejemplo, la forma en que se regulan y sancionan las prácticas anti-sindicales, las eventuales violaciones a garantías constitucionales o los despidos abusivos, a través del llamado procedimiento de tutela laboral, implica que el empleador deberá extremar su cuidado para evitar incurrir en estas conductas o ser acusado de las mismas. Este particular proceso judicial podrá comenzar con una denuncia de la Dirección del Trabajo, del sindicato o del propio trabajador o de cualquier trabajador que tenga interés en ello, y podrá dar

lugar a la aplicación de elevadas indemnizaciones, o incluso medidas como la reincorporación del trabajador.

Del mismo modo, el llamado procedimiento monitorio ha sido el de mayor utilización. Creemos que esto se debe a dos motivos principales: la cuantía a que alcanza (10 ingresos mínimos), límite usual de controversia judicial en temas laborales, y la circunstancia que conforme a éste deberán reclamarse las multas cursadas por los inspectores del trabajo, de igual o inferior cuantía a la ya señalada. Lo relevante en ese tipo de procedimiento es la decisiva intervención de la autoridad administrativa, dado que el acta de la audiencia de conciliación que se realiza ante dicho organismo podrá ser considerada como elemento esencial o suficiente por el juez y, por ende, acoger o rechazar la pretensión de inmediato, sin oír a la parte contraria. En el tema de las multas ello reviste particular importancia, ya que pueden existir hechos o circunstancias de fondo que discutir o probar.

El juicio ordinario (de general aplicación) cambia su estructura en varios aspectos. Se refuerzan las posibilidades de iniciarlo mediante medidas precautorias que pueden resultar graves para la actividad de la empresa (por ejemplo, el embargo de cuentas corrientes, o la prohibición de celebrar actos o contratos, entre otras), las que incluso podrían ser ignoradas por ésta, por cuanto pueden ser decretadas sin previa notificación de la demanda. Asimismo, especial cuidado habrá de darse a la carta de despido, ya que los hechos establecidos en ella serán los únicos que podrá argumentar el empleador como fundantes del despido, no pudiendo agregar otros con posterioridad a su remisión. Las audiencias orales se desarrollan ante la persona del juez, debiendo las partes acudir con sus medios de prueba ya definidos a la primera audiencia. La sentencia puede tener amplios fundamentos: tratados internacionales o principios generales de derecho o equidad natural.

Los resultados, a la fecha, nos permiten visualizar luces y sombras. Entre las luces podemos destacar las siguientes mejoras respecto del sistema anterior: una notoria agilización de los juicios, 60 días en promedio, versus los dos años en la situación anterior, intervención directa del juez en el proceso y la transparencia de sus resultados, los cuales son divulgados incluso por Internet.

Entre los aspectos negativos o al menos dudosos, se halla la exacerbación del rol tutelar de los jueces en beneficio de una de las partes en conflicto, la falta de recursos adecuados para reclamar de las sentencias y la notoria aplicación, casi abusiva, del procedimiento monitorio. Sin embargo, es especialmente destacable el rol que ha jugado la conciliación, que se presenta sin duda como la característica emblemática del sistema en su aplicación práctica. También es de destacar la actuación de la defensoría laboral, la cual conviene estructurar

legalmente. Hoy día funciona de hecho, integrada a la Corporación de Asistencia Judicial, dependiente del Ministerio de Justicia, lo que no nos parece adecuado para una entidad de este tipo.

14. La reforma previsional

Esta materia ha sido un aspecto paradigmático en los últimos años, y objeto de preocupación, no sólo de sus usuarios, sino también de los técnicos y de la clase política. El aspecto al que han convergido todos los enfoques, radica en aumentar la cobertura del sistema, el que, no obstante ser bastante amplio a nivel del Continente, distaba aún de contar con una protección suficiente, que permitiese a sus afiliados avizorar la ocurrencia de contingencias con cierta tranquilidad.

El aspecto más resaltante en la materia está constituido por la Reforma al Sistema de Pensiones, creada por el Decreto Ley N° 3.500. En efecto, la dictación de la Ley N° 20.255, publicada en el Diario oficial del 18 de marzo del año 2008, significó la modificación más relevante de esta materia desde la creación del sistema. Sus aspectos más destacados se presentan a continuación:

1) Se estableció un sistema complementario, de carácter fuertemente solidario, fundado en el otorgamiento de pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez para aquellas personas que no hayan acumulado ahorros para su jubilación. Asimismo, se crearon aportes previsionales solidarios a favor de quienes sí lograron ahorrar en una cuenta de capitalización individual, pero insuficiente; los beneficios serán la Pensión Básica Solidaria (PBS) y el Aporte Previsional Solidario (APS).

La Pensión Básica Solidaria de Vejez es una pensión de carácter no contributivo, mientras que el Aporte Previsional Solidario es un beneficio que complementa la pensión que el beneficiario logró alcanzar con el ahorro personal; a su vez, la Pensión Básica Solidaria de Invalidez es un beneficio de cargo fiscal al que tienen derecho todas las personas inválidas, que no tengan derecho a una pensión en algún régimen previsional.

A su turno, con el Aporte Previsional Solidario el legislador buscó mantener los incentivos para contribuir al Sistema Previsional, de manera tal que quienes hayan cotizado siempre obtengan una pensión superior a la de aquellos que no lo hicieron. Con dicha finalidad las personas reciben un complemento monetario que incrementa y mejora las pensiones autofinanciadas que sean inferiores a la pensión máxima con aporte solidario.

- 2) Beneficios especiales: la reforma estableció una serie de beneficios destinados específicos, de los cuales comentamos a continuación los principales:
- a) Bono por hijo: podrán acceder a este bono –por cada hijo nacido vivo– las mujeres afiliadas al sistema de AFP, las beneficiarias de una pensión básica solidaria de vejez y las que sin ser afiliadas a algún régimen previsional perciban una pensión de sobrevivencia en el Sistema de AFP o en el INP, que cumplan con ciertos requisitos que les exige el legislador.
 - b) Cobertura del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia hasta los 65 años. Este beneficio se encuentra destinado a favorecer a aquellas afiliadas mujeres, no pensionadas, que tenían la edad para pensionarse por vejez (60 años), pero que no podían acceder a una pensión de invalidez ni al aporte adicional para las pensiones de sobrevivencia que generaban; con dicha finalidad ahora se iguala en 65 años la edad máxima de cobertura del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, tanto para hombres y mujeres.
 - c) Separación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia: las mujeres y hombres pagaban lo mismo por concepto de seguro de invalidez y sobrevivencia, sin tomar en consideración que las mujeres presentaban una menor siniestralidad. Con la reforma, que consagra una separación del costo por género, las mujeres van a tener un menor costo del seguro de invalidez y sobrevivencia. La diferencia les será devuelta en forma de cotización a la cuenta de capitalización individual, lo que les representa una indudable ventaja, ya que dichos montos les permitirá incrementar el saldo de la cuenta y mejorar las pensiones.
 - d) División de Cuenta Individual en caso de nulidad o divorcio: Se estableció también por medio de la reforma que en caso que se produzca una nulidad o divorcio, y que se origine una compensación económica entre los cónyuges –de conformidad a lo que dispone la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil–, el juez podrá ordenar el traspaso de fondos de pensiones desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge que deba compensar hacia la cuenta individual del cónyuge compensado. Cabe establecer, eso sí, que dicho traspaso no podrá ser superior al 50% de los fondos acumulados exclusivamente durante el matrimonio.
 - e) Subsidio a Trabajadores Jóvenes de Bajos Ingresos: Este beneficio estará constituido por un subsidio al empleador y un aporte a la cuenta de capitalización individual del trabajador joven, para los primeros 24 meses de cotización de trabajadores entre 18 y 35 años. De este modo, el legislador buscó incentivar el ahorro y el empleo de los jóvenes a través de aportes del Estado.

- f) Afiliación de trabajadores independientes. Es éste uno de los aspectos que mayor controversia generó durante años. La reforma estableció, en forma gradual, que será obligatoria la afiliación de los trabajadores independientes al sistema de pensiones. Estos trabajadores deberán cotizar para pensiones, salud, seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, por sus ingresos provenientes de actividades lucrativas, gravados según el artículo 42 número N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta, pudiendo descontarlas de impuestos.
- g) Nueva institucionalidad laboral. La Superintendencia de Pensiones será la sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de AFP, la que, en forma adicional, se encargará, entre otras materias, de:
- Fiscalizar el Sistema de Pensiones Solidarias que administrará el Instituto de Previsión Social.
 - Fiscalizar al Instituto de Previsión Social respecto de los regímenes de prestaciones de las cajas de previsión y del Servicio de Seguro Social, excepto las de la ley N° 16.744 sobre enfermedades profesionales y accidentes del trabajo.
 - Velar por el cumplimiento de la legislación en el proceso de calificación de invalidez.

A su vez, el Instituto de Previsión Social (IPS) administrará el Sistema de Pensiones Solidarias y los regímenes previsionales administrados en la actualidad por el INP, excepto los de la Ley N° 16.744, y, muy destacadamente, contará con una red de Centros de Atención Previsional Integral (CAPRI), de cobertura nacional, para prestar servicios de información y tramitación en estas materias a los usuarios del sistema. Por su parte, el Instituto de Normalización Previsional –creado con la implantación del nuevo sistema de pensiones el año 1980, pasará a denominarse Instituto de Seguridad Laboral.

- h) La reforma innovó también en materia de una más flexible política en cuanto a la tributación de los ahorros voluntarios, creando de paso la figura del APVC o ahorro colectivo, y otorgando nuevas posibilidades de inversión a los Fondos, con la finalidad de aumentar las opciones de rentabilidad de los mismos.

Otra materia en que se ha innovado de forma radical ha sido la implantación del Seguro de Desempleo o Cesantía, mediante la dictación de la Ley N° 19.729, del año 2001, y perfeccionado posteriormente por la Ley N° 20.328, del año 2009.

Esta ley tiene como características fundamentales las siguientes:

- 1) Es un sistema conformado básicamente por cuentas individuales de capitalización y un Fondo Solidario, aportado por el Estado.
- 2) Ampara a los trabajadores dependientes del sector privado que pierden trabajo.
- 3) Dichos trabajadores se encuentran automáticamente obligados a contar de la fecha de dictación de la ley. Para los antiguos (anteriores a la vigencia de la ley), el seguro es opcional.
- 4) Se le paga al trabajador afiliado, cuando acaece la contingencia, una suma de dinero en forma mensual y decreciente en el tiempo, ella puede tener su origen –salvo casos específicos– en la Cuenta Individual del trabajador o el denominado Fondo Solidario.
- 5) Es administrado por una entidad privada, la que se adjudicó el seguro por un período de 10 años en una licitación a la que convocó el Estado de Chile.
- 6) Tiene una Comisión de Usuarios, la que efectúa recomendaciones y sugerencias acerca de su desarrollo.
- 7) Las prestaciones que se otorgan con cargo a la Cuenta Individual son imputables a las indemnizaciones que deba pagar el empleador por término del contrato.

Han hecho uso de este Seguro fundamentalmente trabajadores con contrato a plazo fijo, exigiéndoseles a todos, cualquiera sea su tipo de contrato, una cierta densidad de cotizaciones. También contempla el sistema una serie de otras prestaciones de carácter asistencial y otras que procuran que el trabajador vuelva a emplearse. Las últimas modificaciones introducidas este último año han tendido a universalizar su aplicación y hacer más operativo el sistema de búsqueda de empleo, de modo de obtener de mejor forma las finalidades de su creación.

15. Seguridad laboral

No se puede dejar de mencionar algunas importantes modificaciones que ha sufrido la ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, entre las que cabe destacar las siguientes:

- a) Aumento en su cobertura: principalmente por medio de la dictación de la Ley Nº 20.067 (2005), que incorporó un concepto de lo que debe entenderse por estudiantes protegidos por este seguro.
- b) Contingencias cubiertas. En relación con esta materia, cabe consignar que se amplió el concepto de “accidente de trayecto” a aquel que se produce por dos empleos, aunque dependan de distintos empleadores. La Ley Nº 20.101, de 2006, modificó el antiguo concepto de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales del artículo 5º de la Ley 16.744 y agregó que son también accidentes del trabajo “aquellos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro”.
- c) Alza de los montos de pensión: la Ley Nº 19.953, de 2004, aumentó los montos de ciertas clases de pensión.
- d) Aumento de facultades de Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. La Ley Nº 20.308, de 2008, las amplificó en relación al control de los productos fitosanitarios, químicos o nocivos para la salud.
- e) Aumento de obligaciones en relación a la implantación de la ley de subcontratación. La entrada en vigor de la Ley Nº 20.123, de 2006, significó la implantación de diversas nuevas normativas, vinculadas con la denuncia de accidentes, suspensión de las obras, estructuras de gestión, departamentos de prevención de riesgos, etc., lo que acrecentó fuertemente las obligaciones tanto de los empleadores como de los contratistas y subcontratistas en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, siendo ello un sello distintivo de esta nueva legislación.

Por otra parte, la Ley Nº 20.096, de 23 de marzo de 2006, que “establece mecanismos de control aplicables a las sustancias agotadoras de la capa de ozono”, obligó a los empleadores a tomar las medidas necesarias para proteger a sus trabajadores cuando estén expuestos a radiación ultravioleta nociva. La iniciativa tiene como objetivo la regulación de sustancias químicas que se usan en la agricultura, y la entrega de información oportuna a la población, temas que son parte de los compromisos adquiridos en el Protocolo de Montreal de 1987, hasta ahora el acuerdo más importante en esta materia y del que Chile es país firmante. Para estos efectos, los contratos de trabajo o reglamentos internos de las empresas, según el caso, deben especificar el uso de los elementos protectores correspondientes, de conformidad con las disposiciones del Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los lugares del trabajo. Entre los dependientes más propensos a recibir los rayos del sol están los agricultores, temporeras, obreros de la construcción y pescadores.

Debe recordarse igualmente, que la Ley 20.001, de 2005, estableció nuevas normas relativas a la carga y descarga mediante manipulación manual, limitando fuertemente las operaciones de transporte o levantamiento de carga que exija esfuerzo físico por parte de los trabajadores.

Finalmente, en lo relativo a la salud, cabe destacar las importantes innovaciones establecidas al sistema de Isapres y la implantación del denominado “Plan Auge”, sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas, sistema al que tendrán derecho los beneficiarios de las leyes N°s 18.469 y 18.933. Una explicación más amplia de este tema excede el propósito de este trabajo, por lo que no será tratado en esta oportunidad. Nos limitaremos a señalar que lo que se pretendió fue regular los derechos y los deberes de las personas, en la relación persona-prestador de salud, para acceder oportunamente, tanto a la atención como al otorgamiento de calidad en las prestaciones requeridas. Hacer aplicables las normas que se establecen a cualquier tipo de prestador de acciones o prestaciones de salud, público o privado; establecer expresamente derechos fundamentales al solicitante; constituir un derecho objetivo a los estándares de calidad mínimos; otorgar a los usuarios un instrumento de conocimiento de los derechos que les asisten y los deberes que sobre ellos recaen; y lograr un mejoramiento general en la realización de las acciones y prestaciones de salud por parte de los organismos que las otorgan y una mejor y más informada utilización de ellos por parte de los usuarios.

Conclusiones

De la gran cantidad de modificaciones legales expuestas, cabe colegir que el legislador nacional no ha abandonado las características clásicas de esta rama del derecho. Al contrario, debe sostenerse que ha profundizado su carácter proteccionista, realista, irrenunciable, en constante expansión y universalista. Observamos, especialmente, cómo se ha acentuado la tendencia tutelar del sujeto trabajador y el dirigismo contractual, tanto en las normas de carácter sustantivo como adjetivo y se ha limitado, en forma importante, la autonomía privada.

Asimismo, debemos destacar que se han desarrollado ingentes esfuerzos en pos de lograr una mayor tasa de sindicalización y de extender la negociación colectiva. Este esfuerzo no ha conseguido su objetivo. Se ha traducido en una atomización sindical, sin que se hayan mejorado los resultados reales. Ello nos lleva a pensar que no es posible sostener que haya habido un aumento de la contratación colectiva como forma de encauzar los conflictos laborales. En el último decenio la sindicalización se ha mantenido en el borde del 10% de la fuerza laboral activa, a pesar de las múltiples reformas legislativas tendientes a facilitar la afiliación y la constitución de organismos sindicales.

En materia de procedimiento judicial, la experiencia hasta la fecha demuestra que se ha logrado una agilización de los procesos laborales y una notoria cercanía con los trabajadores. Sin embargo, está en duda aún el éxito integral de esta reforma, en lo que se refiere a la equidad. Esta aprensión se fundamenta en que el nuevo procedimiento se percibe –en la práctica– como de única instancia, por la reducción de recursos procesales. Nuestra opinión es que ello atenta contra la uniformidad de la jurisprudencia que podría conseguirse en instancias superiores, privilegiándose la autonomía y el poder de cada juez para decidir, en forma definitiva, acerca de la causa que le corresponde conocer.

No podemos dejar de mencionar que, para el éxito de esta reforma, se necesitan recursos adecuados permanentes, especialmente en las regiones más importantes en lo que a población y conflictividad se refiere, esto es, Valparaíso, Concepción y Santiago. Basta comparar los recursos asignados inicialmente a la reforma procesal penal y de familia, para concluir que esta judicatura laboral sigue siendo el “pariente pobre” de la justicia en Chile.

En materia previsional nos encontramos con un aumento de la cobertura, tanto en materia de salud como de pensiones. Respecto de esta última, se ha producido la reforma de mayor envergadura que se haya implementado desde el nacimiento del nuevo sistema de pensiones (DL 3500, de 1980). Lo más relevante de ella, es la adopción del principio de solidaridad –que se encontraba casi ausente– y la creación de un sinnúmero de beneficios para grupos especiales de trabajadores, como es el caso de los jóvenes y de las madres. Asimismo, es destacable la decisiva incorporación del trabajador independiente, despojándolo de la voluntariedad de que se encontraba dotado. Por último, la creación y el mejoramiento del seguro de desempleo ha significado completar un sistema que tenía una visible carencia a este respecto y cuya eficacia se ha visto demostrada en períodos tan difíciles como el de la reciente crisis económica, otorgándole a un gran sector de trabajadores un paliativo a tan infausta situación.

Tendencias

Para concluir este somero análisis de las modificaciones a la legislación laboral del decenio 1999-2009, nos ha parecido oportuno dar una mirada al futuro y destacar algunas tendencias que creemos se irán manifestando en el transcurso de los próximos años.

Pensamos que Chile continuará en la senda de querer lograr la mayor conciliación entre trabajo y familia, dada la evidente y definitiva incorporación de la mujer a la fuerza laboral activa. Consecuente con ello, se regulará en forma más flexible el descanso maternal, tanto pre como postnatal; eventualmente, se legislará a fin de incrementar su duración. En términos generales, este de-

recho girará en torno a que la mujer trabajadora podrá trasladar, previa autorización de su médico, un par de semanas del período de descanso prenatal al final del período postnatal, decisión que deberá comunicar al empleador con antelación.

Finalmente, con acuerdo del empleador, la tendencia que vislumbramos será que la trabajadora podrá prestar servicios sólo por la mitad de su jornada de trabajo, por el doble del período del postnatal que faltare.

En este mismo contexto, se acentuarán las disposiciones que pretenden eliminar la discriminación de género, especialmente en lo que dice relación con las remuneraciones para cargos de igual naturaleza. En materia de terminación de contrato, se establecerá la idea de legislar respecto de la modificación al régimen de indemnizaciones, a fin de facilitar la entrada al mercado laboral, dándose mayor relevancia al seguro de desempleo.

Por otra parte, en el área colectiva, se vislumbra un fortalecimiento de la negociación colectiva, con el objeto de fomentar la flexibilidad pactada. Creemos que la idea apunta a que los temas de negociación entre empleadores y trabajadores vayan más allá de la discusión de remuneraciones, incluyendo materias más amplias, como, por ejemplo, los horarios. Del mismo modo, la Dirección del Trabajo tendrá un rol más protagónico en la fiscalización de simulaciones y fraude a la ley, pero también en la mediación de partes antagónicas.

Dado que la crisis económica se instalará durante algún tiempo y ello afectará, sin duda, a las empresas en relación con las obligaciones respecto de sus trabajadores, creemos que la normativa también se perfeccionará en materia de fomento a la protección de las remuneraciones de los trabajadores y su privilegio efectivo como acreedores de la misma.

Creemos que, a fin de potenciar la nueva justicia del trabajo, se legislará hacia la mayor especialización de la segunda instancia, así como a la creación de la Defensoría Laboral, deseablemente de carácter autónomo. Dichas medidas tienen como objetivo, por una parte, acentuar la celeridad de los procesos y hacer más expedita la vista de la causa en segunda instancia y, por la otra, en lo que dice relación con la Defensoría, se pretende otorgar una más eficiente defensa judicial a los derechos de los trabajadores.

Finalmente, creemos que la tensión entre los sujetos de la relación no mejorará si cada uno no hace esfuerzos por cumplir de mejor manera su rol específico.

El estilo de dirección empresarial ha cambiado poco, manteniendo las líneas jerárquicas de antaño, en las que la participación es más bien un discurso que

un hecho real. En ciertas empresas no se observa interés real en informar a sus empleados o abrirles camino a otorgar ideas propositivas relacionadas con el proceso productivo. Estas no emprenden campañas motivacionales que incentiven a las personas a trabajar más y mejor. Sería deseable que los cambios que se pretendan en las organizaciones se realicen a base de una adecuada información, canalizada a través de los cauces naturales o de las organizaciones sindicales, lo que constituye el fundamento básico de un dialogo social, prácticamente inexistente en el país.

A nuestro juicio, este sector de empleadores debería dejar de lado su clásica aversión hacia lo sindical y otorgarle espacio suficiente a dichas actividades. Una actividad refractaria sobre esta materia tiende a larvar el conflicto social en lo laboral y a complejizar inútilmente las relaciones entre empleadores y trabajadores. Sin duda que ello es el reflejo de la falta de confianza que aún abunda en el entorno laboral y de una memoria histórica.

Entre los trabajadores, un sector minoritario pero mediático se manifiesta en forma violenta y muchas veces irracional. A su vez, la falta de interés en la participación en entidades sindicales de los trabajadores ha significado que estos dirigentes reaccionen cada vez con mayor publicidad, tratando de convencer que la protección laboral sólo es posible por esa vía. Es cierto que si bien este sector percibe la amenaza de la crisis, no se visualizan acciones concretas, como, por ejemplo, liderar hacia el trabajo bien hecho, eficiente y productivo. Lo anterior nos da indicios de que la percepción de los trabajadores chilenos se proyecta en el sentido de que el empleo se vincula más a acciones proteccionistas del Estado, que al desafío y el desempeño personal.

Creemos que es imperativo para nuestro país, que pretende alcanzar mejores niveles de desarrollo, superar estos enfoques disgregados y lograr consensos permanentes en torno a lo esencial. Finalmente es esto lo que debe quedar recogido en el ordenamiento jurídico, en lo que cabe una gran responsabilidad al Gobierno, dado el fuerte impulso legislativo que está radicado en sus manos. Resulta irremplazable contar con el apoyo de las autoridades gubernamentales, por lo que vemos con preocupación que aún hay quienes impulsan proyectos legales, a sabiendas que generan división y destrucción de las tan necesarias confianzas. No resulta menor el rol del Parlamento, el cual en diversas ocasiones no se ha esforzado lo suficiente en realizar un trabajo prolijo.

Reunir todos los factores antes indicados requiere la coordinación de políticas macroeconómicas con una efectiva cohesión social. Al parecer, eso es lo que han logrado los países más desarrollados del mundo. Resulta sintomático y revelador que, en muchas de dichas naciones, el organismo a cargo de estas políticas se denomina "Ministerio de Empleo y Trabajo".

Creemos que el propósito de las reformas legislativas de un futuro próximo debe seguir la siguiente orientación, sin dejar de observar lo que ocurre en sociedades más desarrolladas: fomentar el empleo, mejorando la flexibilidad de entrada al mercado laboral, destacando la diferencia de los conceptos trabajo y empleo; introducir la jornada flexible de trabajo, y adecuar el hoy existente, pero prácticamente sin aplicación, llamado "pacto sustitutivo de indemnizaciones", de modo de flexibilizar el tema de las indemnizaciones por término de contrato.

En definitiva, creemos que lo que debe perseguirse es que la legislación no altere de tal manera los costos laborales de la empresa que signifique que el mantener al trabajador supere al costo del despido del mismo.

Es por esto que, con ocasión de que ya se hacen sentir los efectos de una crisis profunda en lo económico, de consecuencias aún imprevisibles, resulta necesario aunar consensos y fomentar el diálogo social, a fin de dotar de la mayor eficiencia al ordenamiento legal que lo recoja, para que así todos los actores de la actividad laboral consigan la satisfacción de sus particulares metas.

Diez años de reformas tributarias

Christian Blanche Reyes

Director del Instituto Chileno
de Derecho Tributario

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, una advertencia y un agradecimiento. La advertencia consiste en que haré una revisión de carácter general y selectiva de las normas tributarias dictadas entre el 1 de enero de 1999 hasta el 30 de abril del año en curso, debido a que investigar los últimos diez años de legislación tributaria en Chile no es una tarea menor, tanto por la cantidad de textos legales a revisar, como por la complejidad de sus disposiciones. El agradecimiento, a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, por la invitación a participar en esta celebración del aniversario de la Revista "Actualidad Jurídica", que con su N° 20 cumple 10 años ininterrumpidos de publicaciones.

Es muy distinto tener que estudiar la ley tributaria día a día, es decir, investigar cómo se forma, nace y crece en el tiempo, lo que hacemos permanentemente por razones profesionales en nuestro estudio jurídico especializado en materias tributarias, que efectuar un análisis en un horizonte de poco más de 10 años, cuestión que hemos debido hacer para este trabajo. Como se suele decir, es diferente la visión que dan los árboles, de aquella que se tiene mirando el bosque en toda su extensión. Es otra mirada, ella permite dimensionar la diversidad de materias que abarca el tema jurídico tributario, su complejidad y la necesidad de hacer una evaluación de la efectividad de las normas dictadas. Para el desarrollo del trabajo, luego de hacer una breve referencia al contenido y alcance de la norma analizada, haremos algunas sugerencias para mejorar nuestro ordenamiento jurídico impositivo, cuando corresponda.

Los gobiernos de la Concertación, durante el último decenio, han utilizado la herramienta tributaria como un instrumento de incentivo de la actividad económica, han establecido nuevas medidas de control tributario, han creado y modificado impuestos y recientemente han aprobado la creación de la anhelada nueva justicia tributaria, entre otra serie de materias de carácter técnico. Por su parte, la Alianza ha apoyado y mejorado dichos proyectos de ley, a través de la discusión y estudio de los mismos. En definitiva, nuestros legisladores han

realizado un extenso e importante trabajo en materia fiscal, el que pasaremos a analizar en las próximas páginas. En este punto, cabe destacar que, no obstante tratarse de dos bloques políticos antagónicos entre sí, la Concertación y la Alianza, están de acuerdo en mantener las bases esenciales del sistema económico imperante en Chile, el cual se gestó hace más de 30 años. El consenso del país respecto de esta visión económica constituye nuestra más importante ventaja comparativa, y lo que nos distingue del resto de Latinoamérica. Sin embargo, durante este último decenio, el principal escollo del sistema tributario ha sido el desprestigio que le han generado los distintos casos, en los cuales se ha hecho mal uso de los recursos por parte del Estado. En consecuencia, la mirada tributaria también debe concentrarse en el mejoramiento y control de la distribución de los gastos y no solo en la generación de los ingresos. Este es un desafío que aún tiene pendiente nuestro país en materia tributaria.

En cuanto a la técnica legislativa impositiva, ésta muchas veces no ha sido eficiente, especialmente por la poca claridad en la redacción de las normas, lo que ha implicado que la interpretación administrativa tome un papel preponderante, poniendo muchas veces en tela de juicio el principio constitucional de reserva legal. Asimismo, la historia de la ley tributaria no siempre se sustenta en un debate técnico que permita utilizarla como elemento interpretativo, y muchas veces se ha abusado de legislación miscelánea para aprobar modificaciones tributarias en dispersos cuerpos legales, que complican aun más la labor legislativa e interpretativa. Lo anterior ha generado en algunas situaciones lo que se ha denominado “legislación por sorpresa”, puesto que el proyecto de ley presentado al Congreso por el Ejecutivo no ha sido objeto de un proceso de socialización previa, ha sido aprobado sin mayor discusión en la Cámara de Diputados y ha tenido que ser consensuado en el Senado, con una breve discusión técnica, debido a la extrema urgencia que le asigna el Presidente de la República. Es preciso que exista más tiempo para enriquecer el debate técnico de estas modificaciones, de tal forma que las normas cumplan con la finalidad para la cual fueron dictadas, lo que les asegura validez y eficacia en el tiempo. De otra manera, se gastan recursos legislativos en normas que no adquieren el alcance que deberían tener, dentro de las cuales cabe destacar la ley que creó la denominada “Plataforma de Negocios”, que prácticamente no funciona, y a la cual nos referiremos en el cuerpo de este documento. Finalmente, otra característica que ha tenido la legislación tributaria en este período es la casuística de muchas de sus normas, contraviniendo el carácter general que debe tener toda ley.

Con el objeto de revisar el contenido y alcance de las reformas tributarias en el período antes señalado, haremos una breve clasificación de dichas disposiciones legales y reglamentarias, para pasar revista a las principales normas que se han dictado al efecto, dentro de cada categoría.

DESARROLLO

I. Incentivos fiscales

El legislador puede ir motivando a los agentes del mercado, mediante el otorgamiento de distintos beneficios, con el objeto de que orienten su acción u omisión en el logro de los propósitos que tiene en vista la Hacienda Pública para el desarrollo del país. Por otro lado, ha sido usual que frente a cada crisis económica se utilicen estos incentivos para subsidiar a los más necesitados y paliar los efectos inmediatos. A continuación, analizaremos algunas de estas situaciones ocurridas en el decenio.

1. Para atraer inversión hacia las regiones extremas

1.1. Regiones de Aysén y Magallanes y de la Provincia de Palena.

Ley 19.606, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de abril de 1999,¹ establece un crédito contra el Impuesto de Primera Categoría que las empresas deben pagar, a contar del año en que hayan construido o adquirido bienes físicos del activo inmovilizado que correspondan a construcciones, maquinarias y equipos, directamente vinculados con la producción de bienes o la prestación de servicios de su giro, adquiridos o terminados de construir en el ejercicio, en las Regiones XI y XII y en la Provincia de Palena.

Este incentivo nació con un plazo de duración, hasta el 31 de diciembre del año 2008. Sin embargo, mediante la Ley 20.320, de fecha 31 de diciembre de 2008, se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2011 y asimismo se rebajó el monto de la inversión mínima para acceder a la franquicia, de 2000 unidades tributarias mensuales a 1500 unidades tributarias mensuales.

1.2. Regiones de Arica y Parinacota.

Cabe destacar que en el año 1995 ya se había dictado la Ley 19.420, que estableció un crédito por inversiones en las Regiones de Arica y Parinacota, legislación que está reglamentada administrativamente mediante las Circulares N° 50 del año 1995 y N° 64 del año 1996, emitidas por el Servicio de Impuestos Internos.

¹ Para su mejor análisis, ver Circulares del Servicio de Impuestos Internos números 66, de fecha 29 de noviembre de 1999, y 47, de fecha 30 de septiembre de 2004. Esta última instrucción administrativa comenta la modificación introducida a este incentivo fiscal por el artículo 1° de la Ley 19.946, de fecha 11 de mayo del año 2004, que entre otros cambios reduce el monto del crédito tributario.

Con fecha 24 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.268, mediante la cual se prorrogó la vigencia del beneficio antes señalado, respecto de los bienes incorporados a los proyectos de inversión existentes el 31 de diciembre del año 2011, no obstante que la recuperación del crédito a que se tenga derecho podrá hacerse efectiva hasta el año 2034.

1.3. Región de Antofagasta, Comuna de Tocopilla.

Con fecha 31 de enero de 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.709, que crea un régimen preferencial aduanero y tributario y que consiste básicamente en una zona franca industrial de insumos, partes y piezas para la minería en la comuna de Tocopilla, en la II Región del país, por un período de 25 años. Las empresas que se pueden acoger a la franquicia son las industriales manufactureras, constituidas como sociedades de cualquier tipo (solo se excluyen las empresas individuales de responsabilidad limitada y las empresas unipersonales) que tengan como único objeto elaborar insumos, partes o piezas o reparar bienes de capital para la minería y que dentro del lapso de 5 años, contados desde la publicación en el Diario Oficial de la ley, se instalen físicamente en terrenos ubicados dentro de los deslindes administrativos de la comuna de Tocopilla.

Dentro de las franquicias tributarias que otorga la ley, destaca la exención del Impuesto de Primera Categoría, y en las limitaciones o restricciones que establece, la no aplicación del sistema tributario de retiros para invertir, respecto de las utilidades que distribuyan estas compañías.

2. Para facilitar el desarrollo del Mercado de Capitales

2.1. Valores Extranjeros.

Con fecha 18 de enero de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.601, la que agregó un inciso final al artículo 11 de la Ley de Impuesto a la Renta, en el sentido que para la aplicación de los artículos 3° y 10 del mismo texto legal antes citado, los siguientes instrumentos deberán considerarse que no se encuentran situados en Chile: a) valores extranjeros o certificados de depósitos de valores emitidos en el país y que sean representativos de los mismos, a que se refieren las normas del Título XXIV de la Ley 18.045, sobre Mercado de Valores, por emisores constituidos fuera del país u organismos de carácter internacional; b) cuotas de fondos de inversión internacional, regidos por la Ley 18.815; y c) los valores autorizados por la Superintendencia de Valores y Seguros para ser transados, de conformidad a las normas del Título XXIV de la Ley 18.045.

2.2. Oferta Pública de Acciones (OPAS) y creación de los Fondos de Inversión Privados (FIP).

Con fecha 20 de diciembre del año 2000 se publicó la Ley 19.705, la cual mediante su artículo 6° incorporó modificaciones a los artículos 11, 18 y 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, que dicen relación con las Ofertas Públicas de Acciones (OPAS). Asimismo, la referida ley modificatoria, a través de su artículo 7°, introdujo una serie de modificaciones a la Ley 18.815, de 1989, antigua Ley sobre Capital de Riesgo, destacándose la incorporación de un Título VII, mediante el cual se crean los Fondos de Inversión Privados (FIP), y cuyas cuotas de participación se asimilan al tratamiento tributario de las acciones, y el reparto de sus utilidades, al reparto de dividendos de sociedades anónimas, con la sola salvedad de que no pueden acogerse a las franquicias de las acciones que establece el artículo 57 bis de la Ley de Impuesto a la Renta.

Cabe señalar que los fondos de inversión no son contribuyentes de Impuesto a la Renta y por tanto las utilidades que generan no pagan Impuesto de Primera Categoría. En el fondo, tienen un tratamiento similar a la tributación que afecta a las denominadas empresas 14 bis, pero con la diferencia que en este último caso el beneficio tributario está dirigido en favor de las pequeñas y medianas empresas y por tanto existe un límite de ingresos anuales para acceder a la franquicia, a diferencia del caso de los FIP. Otra diferencia importante está dada por el tratamiento tributario de la distribución de utilidades, en el caso del FIP los dividendos no se gravan con Impuesto de Primera Categoría y en el evento de haber recibido crédito por Impuesto de Primera Categoría, pagado por terceras empresas (por ejemplo dividendos) se traspasan a los inversores; en cambio, las utilidades que distribuyen las empresas 14 bis quedan gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, dentro de los doce días del mes siguiente a la distribución de utilidades y el crédito del Impuesto de Primera Categoría que reciban de terceros se pierde.

A nuestro juicio, esta última situación es injusta y no tiene justificación dentro de nuestro sistema tributario, ya que se genera una doble tributación. Una cuestión similar se da en el caso de las Administradoras de Fondos de Pensiones, que al igual que las empresas 14 bis, no pueden traspasar el beneficio del Impuesto de Primera Categoría pagado por terceros a los afiliados al sistema previsional, cuestión que vulnera el principio de igualdad constitucional tributaria, puesto que esta discriminación carece de razonabilidad jurídica.

2.3. Inversionistas Institucionales Extranjeros (artículo 18 bis Ley de Impuesto a la Renta).

Con fecha 16 de junio del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.738, que tenía por objeto dictar normas para combatir la evasión tributa-

ria, cuya tramitación legislativa fue muy controvertida, ya que en un principio se trató de asimilar la “elusión” o planificación tributaria, a la “evasión” de impuestos, cuestión esta última que constituye una infracción, que puede ser castigada con pena corporal, en los casos más graves. La Ley 19.738 modificó varios cuerpos legales tributarios, por lo tanto haremos referencia a ella en las distintas categorías.

En lo que respecta al incentivo del mercado de capitales, el artículo 2° letra c) de la Ley 19.738 incorporó a la Ley de Impuesto a la Renta el artículo 18 bis, a través del cual se establece un tratamiento tributario de excepción, y que consiste en no gravar con impuesto a la renta el mayor valor proveniente de la enajenación de acciones de sociedades anónimas abiertas, con presencia bursátil o de bonos emitidos por ciertos organismos o empresas que indica dicha norma, obtenido por inversionistas institucionales extranjeros, que cumplan con determinados requisitos.

Cabe comentar que los requisitos que contempla este artículo para que los inversionistas institucionales extranjeros utilicen esta franquicia son muy exigentes y por tanto dicha norma no ha servido para la finalidad de transformar a Chile en centro de inversiones.

2.4. Artículo 18 quáter LIR.

Con fecha 7 de noviembre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.768, la cual mediante su artículo 1° N° 3 incorporó un nuevo artículo a la Ley de Impuesto a la Renta, individualizado como artículo 18 quáter, donde se establece el tratamiento tributario que tendrá el mayor valor que se obtenga en el rescate de fondos mutuos, determinado de acuerdo con las normas del artículo 17 del Decreto Ley 1.328, de 1976, imposición que con anterioridad a la incorporación de dicho artículo se contenía en los artículos 18 y 19 del decreto ley antes citado, los cuales fueron derogados por la letra c) del artículo 5° de la ley modificatoria.

Cabe destacar que el desarrollo de la industria de los fondos mutuos en el país ha sido muy relevante y entre otras razones por la forma de tributación que tienen, y que es la misma, independientemente de si su titular está organizado como empresa o simplemente se trata de una persona natural, y por ende ha servido como un importante instrumento de inversión. En efecto, solo se grava el mayor valor, obtenido en el rescate de la cuota de fondos mutuos, en consecuencia, mientras se mantenga la inversión, se posterga el pago de los impuestos. Esto es, se aplica la tributación sobre base percibida y no devengada, lo que estimula el ahorro y la inversión, para todo tipo de contribuyentes.

2.5. Préstamos o Arriendo de Acciones.

Con fecha 7 de noviembre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.768, cuya letra b) del N° 1 de su artículo 1° agregó tres nuevos incisos al número 8 del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, relacionados con el tratamiento tributario que tendrá la cesión y restitución de acciones de sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil que se efectúen con ocasión de un préstamo o arriendo de acciones, en una operación bursátil de venta corta, siempre y cuando se cumplan al efecto todos los requisitos que establecen las nuevas normas legales.

Esta modificación, recogiendo una necesidad del sistema bursátil, le dio un tratamiento tributario especial, distinto de aquel que correspondía al tratamiento general aplicable, a figuras convencionales tradicionales del Código Civil, como lo son el contrato de préstamo, el contrato de arriendo y el contrato de cesión de intangibles.

2.6 Artículo 18 ter Ley Impuesto a la Renta.

Con fecha 7 de noviembre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.768, cuyo N° 3 de su artículo 1° incorporó un nuevo artículo a la Ley de Impuesto a la Renta signado como artículo 18 ter, donde se establece que no se gravará con impuesto el mayor valor obtenido en la enajenación de acciones emitidas por sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil, efectuada en una bolsa de valores del país o en otra bolsa autorizada por la Superintendencia de Valores y Seguros o en un proceso de oferta pública de adquisición de acciones regido por el Título XXV de la Ley 18.045, siempre que las acciones hayan sido adquiridas en una bolsa de valores o en un proceso de oferta pública o en una colocación de acciones de primera emisión, con motivo de la constitución de la sociedad o de un aumento de capital posterior, o con ocasión del canje de bonos convertibles en acciones, considerándose en este caso como precio de adquisición de las acciones el precio asignado al ejercicio de la opción. Asimismo, se aplica el mismo tratamiento a la enajenación, en una bolsa de valores del país o en una autorizada por la Superintendencia de Valores y Seguros, de cuotas de fondos de inversión regidos por la Ley 18.815, que tengan presencia bursátil.

La propia ley señala que se entenderá que tienen presencia bursátil aquellas acciones que cumplan con las normas para ser objeto de inversión de los fondos mutuos, de acuerdo a lo establecido en el N° 1 del artículo 13 del Decreto Ley 1.328, de 1976. Por otra parte, cabe señalar que la Superintendencia de Valores y Seguros, mediante Norma de Carácter General N° 103, de fecha 5 de enero del año 2001, definió que las acciones con presencia bursátil son aquellas que cumplen con los siguientes requisitos copulativos: a) se encuentran inscritas en

el Registro de Valores que lleva la Superintendencia; b) se encuentren registradas en una bolsa de valores de Chile; y c) tienen una presencia ajustada igual o superior al 25%. A su vez, para determinar la presencia ajustada de una acción, se debe seguir el siguiente procedimiento: dentro de los últimos 180 días hábiles bursátiles, se determinará el número de días en que las transacciones bursátiles totales diarias alcanzan un monto mínimo por el equivalente en pesos a 200 unidades de fomento. Dicho número será dividido por 180 y el cociente así resultante se multiplicará por cien, quedando expresado en porcentaje.

2.7. Fondo de Capital de Riesgo.

Con fecha 5 de junio del año 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.190, que incorporó un régimen excepcional para determinar la tributación de la ganancia de capital obtenida en la enajenación de determinadas acciones vinculadas a los Fondos de Capital de Riesgo regulados en los Títulos I al VI de la Ley 18.815 y que fue reglamentado por la Circular N° 34, de fecha 20 de junio del año 2007, emitida por el Servicio de Impuestos Internos.

A modo de ejemplo, podemos mencionar que se establece un ingreso no renta, para los aportantes del fondo de inversión de capital de riesgo, respecto al mayor valor obtenido por el fondo de inversión, en la enajenación de acciones de sociedades anónimas cerradas, o sociedades por acción, que no se transen en bolsa y siempre y cuando cumplan con los demás requisitos que establece la misma ley. En todo caso, las empresas favorecidas con este sistema no pueden tener por giro ni realizar negocios o actividades inmobiliarias o de casino, concesiones o servicios sujetos a tarificación pública, importación de bienes o servicios, inversión en capitales mobiliarios o en otras empresas, servicios financieros o de corretaje o servicios profesionales. Esta norma tiene una vigencia transitoria, en la forma establecida en la modificación legal, hasta el 31 de diciembre del año 2017 o 31 de diciembre del año 2022, según corresponda.

2.8. Tratamiento tributario mayor valor en la venta de bonos.

Con fecha 28 de abril del año 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.343, cuyo artículo 2° N° 1 letra c) agregó una letra g) al artículo 20 N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta, y que señala que los instrumentos de deuda de oferta pública a que se refiere el artículo 104 de la misma ley, se gravarán cuando se hayan "devengado". Por otra parte, el artículo 2° N° 7 de la ley, incorpora un Título VI, a continuación del artículo 103 de la Ley de Impuesto a la Renta, sobre disposiciones especiales relativas al mercado de capitales, lo que agregó un artículo 104, el cual señala que, no obstante lo prescrito en los artículo 17 N° 8 y 18 bis de la Ley de Impuesto a la Renta, no constituirá renta el mayor valor obtenido en la enajenación de instrumentos

de deuda de oferta pública, en la medida que se cumplan los requisitos que la misma ley señala.

3. Para ayudar a superar las crisis económicas

Estas son medidas temporales y normalmente pretenden dar un shock a la economía cuando está deprimida, lo que usualmente se ha traducido en un apoyo a la actividad de la construcción, mediante un incentivo para adquirir las viviendas en stock, ya que esta actividad es la primera que se resiente con la crisis económica y tiene alto empleo de mano de obra, influyendo directamente en la cesantía del país. Asimismo, han existido en este período medidas que otorgan una ayuda directa en favor de las personas y empresas, con el objeto de aliviarles en algo su disponibilidad de fondos.

3.1. Beneficios por la adquisición de viviendas nuevas.

Con fecha 29 de julio de 1999 se publicó la Ley 19.622, la cual establece beneficios tributarios por la adquisición de viviendas nuevas acogidas a las normas del DFL N° 2. El beneficio consiste en que los contribuyentes del Impuesto Único al Trabajo y del Impuesto Global Complementario podrán deducir de sus rentas afectas las cuotas que paguen en el año comercial que corresponda, por las obligaciones con garantía hipotecaria que hayan contraído con bancos e instituciones financieras y agentes administradores de créditos hipotecarios endosables a que se refiere el artículo 21 bis del Decreto con Fuerza de Ley 251, de 1931, que operen en el país, en la adquisición de una vivienda nueva, es decir, aquella que se adquiere por primera vez para ser usada por su propietario o por terceros, acogida a las normas del DFL N° 2, y que se constituya en garantía hipotecaria de dichas obligaciones.

También, se pueden acoger a la franquicia, los contribuyentes mencionados, por los aportes que efectúen a las instituciones respectivas en cumplimiento de contratos de arrendamiento con promesa de compraventa de viviendas nuevas, a que se refiere la Ley 19.281, publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1993, modificada por la Ley 19.401, publicada en el Diario Oficial, el 28 de agosto de 1995, excluidos los subsidios que se hubiesen pagado para el mismo fin antes indicado.

La deducción de la base imponible del impuesto personal respectivo se hizo efectiva a contar del 22 de junio del año 1999, es decir, antes de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, con el objeto de favorecer a las personas que habían tomado la decisión de comprar la vivienda, con la presentación del proyecto de ley al Congreso, acogiendo el llamado del Presidente para reactivar la economía.

El beneficio es por persona, independientemente del número de viviendas que se adquieran y puede hacerse efectivo sobre el monto total de la cuota, lo que incluye capital, intereses y comisiones, durante toda la vigencia del crédito hipotecario. No obstante, la rebaja de la base imponible del contribuyente tiene ciertos límites anuales dependiendo de la fecha en que se adquirió la vivienda. En efecto, la deducción no puede ser superior a 10, 6 o 3 unidades tributarias mensuales, según si la obligación hipotecaria se contrajo entre el 22 de junio y el 31 de diciembre de 1999, el 1 de enero y 30 de septiembre del año 2000, o 1 de octubre del año 2000 y 30 de junio del año 2001, respectivamente, incluyendo ambas fechas en cada caso.

El artículo transitorio de la ley estableció que los contribuyentes que celebraron escrituras públicas de compraventa, de mutuo o contratos de arrendamiento con promesa de compraventa, entre el 22 de junio de 1999 y la fecha de la publicación de la ley en el Diario Oficial, y que deseen acogerse a este beneficio, deben presentar una declaración jurada en la forma y oportunidad que determine el Servicio de Impuestos Internos. Lo anterior, ya que para hacer uso de la franquicia, en la escritura pública respectiva se debía dejar constancia expresa de la intención de acogerse a este beneficio. Originalmente, el plazo se fijó para el 31 de octubre de 1999, luego se postergó varias veces, para finalmente fijarse por ley el 31 de marzo del año 2003, con el objeto de facilitar a los contribuyentes regularizar su situación y acceder a la franquicia.

Esta norma nos parece una muy buena medida de incentivo a la actividad económica y a la generación de empleo. Sin embargo, no se ha vuelto a utilizar, aun cuando fue una medida exitosa.

3.2. Devolución anticipada de impuestos año 2000.

Mediante Ley 19.697, de fecha 13 de septiembre del año 2000, se autorizó la devolución anticipada de impuestos, en los términos que indica dicha norma, a aquellos contribuyentes que sean personas naturales que, en los años tributarios 1998, 1999 y 2000 o en alguno de ellos, hayan obtenido una devolución de impuesto, conforme con las disposiciones del artículo 97 de la Ley de Impuesto a la Renta.

El monto del anticipo fue equivalente al 50% de la tercera parte de la sumatoria de las devoluciones de impuesto efectuadas por el Servicio de Tesorerías, durante los años tributarios antes referidos, o en alguno de ellos. En todo caso, el monto máximo a devolver a cada contribuyente no podía exceder de \$ 200.000 y se aplicó en relación con la declaración de impuesto del año tributario 2001. Las devoluciones se hicieron efectivas a contar del 29 de septiembre del año 2000 y hasta el 31 de enero del año 2001. Dicho anticipo se debió reintegrar

al Fisco en la declaración de renta del año tributario 2001, a presentar en el mes de abril de ese mismo año.

3.3. Devolución anticipada de Impuestos año 2009 y otros beneficios.

Con fecha 29 de enero del año 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.326, la cual autoriza en su artículo 2° la devolución anticipada de impuestos a aquellos contribuyentes de global complementario a quienes en el año tributario 2009 les haya correspondido devolución de impuestos. Esta devolución se pagará en septiembre del año 2009, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en la ley.

Los artículos 5° y 6° de la Ley 20.326 establecen una rebaja transitoria de los pagos provisionales mensuales, del Impuesto de Primera Categoría y respecto de la imputación mensual del crédito por gastos de capacitación.

El artículo 3° de la Ley 20.326 establece medidas transitorias de incentivo tributario, consistentes en un bono extraordinario para las familias de menores ingresos, y un conjunto de medidas de apoyo a la inversión y el empleo, dentro de las cuales cabe resaltar la disminución transitoria de las tasas establecidas en los artículo 1° N° 3, 2° y 3° del Decreto Ley 3.475, de 1980, sobre Impuesto de Timbres y Estampillas, de acuerdo con el siguiente calendario: a) entre el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, cero tasa; y b) la tasa se rebaja a la mitad, respecto de los impuestos que se devenguen a contar del 1 de enero del año 2010 y hasta el 30 de julio de ese año.

Si bien estimamos de gran importancia esta medida, con el objeto de no encarecer el acceso al crédito en un período de crisis, somos de la opinión que la norma no debería ser transitoria, sino definitiva.

4. Para fomentar la inversión privada en bienes de capital

4.1. Aumento de Crédito por Activo Fijo Físico.

En el Diario Oficial de fecha 27 de septiembre del año 2008 se publicó la Ley 20.289, la cual mediante su artículo 1° estableció un aumento transitorio de la tasa del artículo 33 bis del Impuesto a la Renta, de un 4% al 8%, por la adquisición de activos físicos del activo inmovilizado que sean adquiridos nuevos, terminados de construir o recibidos en arrendamiento con opción de compra, entre el 1 de enero del 2008 y el 31 de diciembre del 2011, con un límite máximo anual de 650 unidades tributarias mensuales. En todo caso, para acceder a este beneficio los contribuyentes no pueden tener ingresos anuales por ventas y servicios del giro en ninguno de los dos años anteriores al uso del

crédito, por más de 100.000 unidades de fomento, sin considerar el monto del Impuesto al Valor Agregado.

Esta norma nos parece una buena medida, pero no entendemos las razones por las cuales se establece en forma transitoria, siendo que constituye un incentivo directo a la creación de inversión privada, que redundará en mayor crecimiento económico y por ende en una mayor recaudación fiscal.

4.2. Plazo de Vida Útil de los bienes físicos del activo inmovilizado.

Con fecha 23 de noviembre de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.840, cuyo N° 2 de su artículo 1º, en el inciso segundo del N° 5 del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta sustituyó la expresión "cinco años" por "tres años", con el fin de disminuir el plazo de vida útil de los bienes del activo inmovilizado que no se pueden acoger al régimen de depreciación acelerada que contempla dicha norma legal.

Cabe señalar que el Servicio de Impuestos Internos, mediante Circular N° 60, de fecha 2 de diciembre de 2003, complementando la Circular N° 6, de fecha 4 de enero de 2003, instruyó que a los inversionistas extranjeros o las empresas receptoras de los aportes, acogidos a la invariabilidad de las normas legales y circulares y resoluciones de ese Servicio, sobre depreciación de activos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 bis del Decreto Ley 600, de 1974, sobre Estatuto de Inversión Extranjera, sólo les resultan aplicables aquellas normas vigentes a la fecha de suscripción del correspondiente contrato de inversión extranjera.

5. Para incentivar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas

5.1. Crédito Fiscal del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

El artículo 5º letra b) de la Ley 19.738, ya antes referida, modificó el artículo 23 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, estableciendo como requisito para que el beneficiario de una venta o servicio pudiera aprovechar el IVA recargado en calidad de crédito fiscal, que el contribuyente pague una fracción del precio o remuneración, a lo menos equivalente al monto del impuesto que grave la operación respectiva, independientemente del plazo o condición de pago, convenidos con el vendedor o prestador de servicios, salvo en aquellos casos que se pueda acreditar que el vendedor ha recargado y enterado efectivamente en arcas fiscales el impuesto correspondiente.

Esta norma entró en vigencia el día 1 de julio del año 2001, y tenía por objetivo obligar a los beneficiarios de las ventas y servicios a financiar al menos el IVA, que debe enterar dentro de los 12 días siguientes a la devengación

del Impuesto al Valor Agregado el vendedor o prestador de servicios. En el fondo, se buscaba alivianar la carga financiera de las empresas PYMES que deben restar de su capital de trabajo fondos para financiar el IVA de las facturas pagadas a plazo.

5.2. Creación y Tributación Microempresas Familiares.

La Ley 19.749, publicada en el Diario Oficial de fecha 25 de agosto del año 2001, en su artículo único introduce modificaciones al Decreto Ley 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, las cuales tienen por finalidad otorgar beneficios a los microempresarios familiares en su proceso de formalización e inserción en la actividad económica. La ley establece que se entiende como empresa microempresa familiar aquella que reúna los siguientes requisitos: a) que la actividad económica que constituya su giro se ejerza en la casa habitación familiar; b) que en ella no laboren más de cinco trabajadores extraños a la familia; c) que sus activos productivos, sin considerar el valor del inmueble donde funciona, no excedan las 1000 unidades de fomento. Las microempresas familiares pueden desarrollar cualquier actividad económica lícita, excluidas aquellas peligrosas, contaminantes o molestas.

Para los efectos de que las microempresas familiares puedan acogerse al régimen simplificado de tributación municipal y central, contemplado este último en los artículos 22 y 84 de la Ley de Impuesto a la Renta y en los artículos 29 y siguientes de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el interesado deberá inscribirse en la Municipalidad respectiva, acompañando una declaración jurada, donde afirme que es legítimo ocupante de la vivienda donde se desarrollará la actividad empresarial y que su actividad no produce contaminación. Si la vivienda es una unidad de un condominio, debe contar con la autorización del Comité de Administración respectivo.

El artículo transitorio de la Ley 18.749 estableció que el Presidente de la República reglamentaría la aplicación de esta ley, dentro del plazo de 3 meses. Con fecha 16 de mayo del año 2002 se publicó en el Diario Oficial el Decreto 102, que reglamenta la ley antes referida. Dicha disposición define la microempresa familiar como una empresa perteneciente a una o más personas naturales que residan en la casa habitación, que pueda desarrollar labores profesionales, oficios, industria, artesanía, o cualquier otra actividad lícita, ya sea de prestación de servicios o producción de bienes, excluidas aquellas peligrosas, contaminantes o molestas y que reúna los requisitos antes señalados.

Para otorgar la patente, así como para funcionar en la casa habitación familiar, la municipalidad no debe considerar las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial que contemplen las respectivas ordenanzas municipales,

ni las autorizaciones que previamente deban otorgar las autoridades sanitarias u otras que contemplen las leyes y que afectan a dicho inmueble, excepto las limitaciones o autorizaciones dispuestas en el Decreto Supremo 977 del año 1977, del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento Sanitario de los Alimentos.

No obstante los beneficios que otorga la Ley 18.749, las microempresas familiares igual deben dar aviso de iniciación de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, así como solicitar la autorización de timbraje de los documentos que usarán para respaldar sus operaciones. Por esta razón y a fin de complementar las facilidades establecidas en la ley, el Servicio de Impuestos Internos dictó la Resolución Exenta 23, de fecha 11 de octubre del año 2002, mediante la cual se estableció un sistema simplificado para este tipo de contribuyentes, y que consiste en que la declaración presentada ante la Municipalidad, debidamente visada por ella, sirve como formulario de iniciación de actividades y quedarán autorizados de inmediato para timbrar libros de contabilidad y boletas de ventas y servicios, mediante el procedimiento general aplicable al resto de los contribuyentes.

Nos hemos detenido un poco más para describir el contenido de esta ley y su reglamentación, debido a la importancia que tienen las empresas familiares en nuestro país, al igual que en el resto del mundo, ya que constituyen más del 80% del total de empresas. Y por lo tanto, es indispensable que exista un régimen preferencial que incentive la creación, desarrollo y permanencia en el tiempo. En efecto, uno de los grandes problemas de las empresas familiares es su baja esperanza de vida, en Chile el promedio de antigüedad de las empresas medianas y grandes es de 31 años y solo el 16% supera los 50 años de vida; las principales causas de esta baja supervivencia son los problemas de sucesión, y los conflictos entre los miembros de la familia. En el primer caso, tiene una importante incidencia el impuesto de herencia y donaciones que grava el traspaso de la empresa familiar, de una generación a otra, no obstante representar un porcentaje ínfimo de la recaudación total que percibe el Estado. Falta una regulación integral que considere no sólo a las microempresas familiares, sino a las empresas familiares en su conjunto y que entre otras materias las exima del impuesto de herencia, en la medida que se cumplan determinados requisitos que permitan garantizar su permanencia en el tiempo y por tanto la actividad económica que desarrollan y el empleo que aportan al país. Por otra parte, el legislador debería establecer algún subsidio, por ejemplo a través de la CORFO, para ayudar a que las empresas familiares puedan elaborar el estatuto que regula las relaciones entre la familia, la empresa y la propiedad, es decir, el denominado "protocolo familiar". Esta normativa interna también es importante para cautelar la continuidad de la empresa en el tiempo.

5.3. Creación de un régimen simplificado de tributación (artículo 14 ter).

Con fecha 21 de febrero de 200 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.170, cuyo N° 2 de su artículo 1° incorpora a la Ley de Impuesto a la Renta un nuevo artículo 14 ter, a través del cual se establece un régimen de tributación y de contabilidad simplificada, para determinar la base imponible del impuesto a la renta de los contribuyentes de Primera Categoría que cumplan con las condiciones y requisitos que establece dicho precepto legal. Además, la citada ley modifica los artículos 14 bis, 40 N° 6, 54 N° 1, 62 y 84 de la Ley de Impuesto a la Renta, lo que tiene por objeto armonizar el texto de estas disposiciones legales con el sistema de tributación y contabilidad simplificada que se establece mediante el nuevo artículo 14 ter de la ley ya citada.

Para poder acceder a esta franquicia, se exigen los siguientes requisitos copulativos: a) que el contribuyente se encuentre organizado como empresa unipersonal o empresa individual de responsabilidad limitada, es decir, excluye cualquiera otra forma de organización jurídica, como cualquier tipo de sociedad; b) ser contribuyente de Impuesto al Valor Agregado; c) no tener por giro o actividad las del artículo 20 N° 1 o N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta, ni realizar negocios inmobiliarios o actividades financieras como actividad principal; d) no poseer ni explotar a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades; y e) tener un promedio anual de ingresos de su giro no superior a 3000 unidades tributarias mensuales, en los últimos tres ejercicios.

Es importante destacar que, a diferencia del artículo 14 bis de la Ley de Impuesto a la Renta, que se tributa a ambos niveles, primera categoría e impuesto personal, sobre base percibida, en este caso, en ambos niveles se tributa sobre base devengada. Esta oportunidad de tributación es igual a lo que sucedía con el régimen general de tributación hasta antes de la dictación de la Ley 18.293, publicada en el Diario Oficial de fecha 31 de enero del año 1984, que vino a establecer el régimen de tributación sobre la base de retiros efectivos, para el caso de los impuestos personales. Esto implica anticipar la tributación, de tal forma que se vaya cumpliendo con el régimen tributario año a año, a ambos niveles de tributación.

La simplificación del sistema consiste en que se libera de la obligación de llevar registros contables, aplicar corrección monetaria, y llevar contabilidad completa, lo que se traduce, en este último caso, en pagar la patente municipal por el monto mínimo. Asimismo, la base imponible anual se determina por la diferencia entre los ingresos y egresos del contribuyente, incluyéndose en este último concepto el total de los desembolsos efectuados para la adquisición de bienes del activo fijo físico, susceptibles de depreciación y

además se establece una presunción de gastos equivalente al 0,5% de los ingresos de cada ejercicio, con un tope de 15 unidades tributarias mensuales y un mínimo de 1 unidad tributaria mensual, por concepto de gastos menores no documentados, créditos incobrables y donaciones, entre otros.

A nuestro juicio, el sistema de ingreso y salida del régimen tributario del artículo 14 ter es complejo y debe ser mejorado. En efecto, cuando se ingresa al sistema, todas las rentas acumuladas y pendientes de tributación sujetas al régimen general se entienden retiradas al término del ejercicio anterior al ingreso del régimen simplificado. Esto implica que un contribuyente, que lleva años ahorrando e invirtiendo en su empresa y por tanto acumulando utilidad pendiente de tributación a nivel de impuesto personal, es castigado en caso de ingresar a este régimen, a diferencia de aquel contribuyente que se ha consumido o gastado todas las utilidades. Este problema se debería solucionar entendiéndose que la utilidad pendiente de tributación queda reinvertida hasta la fecha de su distribución a los dueños. Por otra parte, la salida del sistema también es complicada, puesto que el contribuyente exitoso que ha logrado superar las ventas máximas exigidas por el régimen, al volver al sistema general deberá considerar como utilidades las existencias del activo realizable, valoradas según costo de reposición y los activos fijos físicos, registrados por su valor actualizado, sin derecho a crédito por concepto del Impuesto de Primera Categoría. A nuestro entender, el legislador fue mezquino con el pequeño contribuyente, puesto que si logró salirse del régimen, debió ser premiado y a lo menos incentivarlo otorgándole un crédito especial por estas utilidades que quedarán pendientes de tributación.

6. Para atraer inversión extranjera al país

6.1. Sociedad Plataforma de Negocios.

Con fecha 23 de noviembre de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.840, la cual mediante el N° 4 de su artículo 1° incorpora un nuevo artículo a la Ley de Impuesto a la Renta, individualizado como "artículo 41 D", a través del cual se establecen las normas y su respectiva tributación a que quedarán sujetas las sociedades "plataforma de negocios" que se constituyan en el país, para efectuar inversiones, ya sea en Chile o en el extranjero, bajo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que exige dicho precepto legal, incorporado a la ley del ramo.

Estas sociedades, para los efectos de la aplicación del Impuesto a la Renta, no se consideran domiciliadas en Chile, razón por la cual tributan en el país solamente por las rentas de fuente chilena. A nuestro juicio, esta es una buena iniciativa, pero al igual que muchas otras materias tributarias, solo se han

trabajado con los Comités Técnicos de Hacienda, sin considerar la opinión especializada del sector privado, y por ende, la medida es poco pragmática.

Cabe señalar que respecto de este incentivo tributario hubo mucha difusión, tanto a nivel nacional como internacional, y por tanto creó una alta expectativa. Sin embargo, lamentablemente, en la práctica no ha generado el resultado esperado, debido a la excesiva regulación que tiene, lo que genera un alto costo de mantención. En efecto, solo se permite acceder a este régimen tributario a las sociedades anónimas abiertas o a las sociedades anónimas cerradas que acuerden en sus estatutos someterse voluntariamente a las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas. Ello implica que las sociedades Plataforma de Negocios quedan sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, debiendo inscribirse en el Registro de Valores y observar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

Otro obstáculo para la creación de este tipo de empresas es el costo de la patente municipal. Si bien, a nuestro juicio, existen argumentos para no configurar el hecho gravado de la Ley de Rentas Municipales, por tratarse de una sociedad pasiva, este no es el criterio que aplican las Municipalidades, que han optado por cobrar el impuesto a todo tipo de sociedades de inversiones. En este sentido, cabe comentar el reciente fallo de la Corte Suprema de fecha 22 de enero del año 2009, Rol N° 6786-2007, mediante el cual se rechaza un recurso de casación en el fondo y se confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que rechaza el reclamo de ilegalidad presentado por una sociedad Plataforma de Negocios, en contra de la Municipalidad de Las Condes, por la negativa a devolver la patente municipal pagada indebidamente, a juicio del reclamante. El considerando decimotercero de ese fallo señala: "Que, con todo, al decidir como lo hicieron los sentenciadores, tampoco se advierte que hayan incurrido en error de derecho. Sobre este punto, conviene tener presente que los jueces de fondo, admitiendo que el régimen tributario de las sociedades anónimas de plataforma de inversión es especial y está contenido en el artículo 41 D del Decreto Ley N° 824, establecieron que la reclamante debe llevar contabilidad completa y que ni la Ley de Impuesto a la Renta ni la Ley de Rentas Municipales establecen exenciones a favor de esta clase de contribuyentes, como afirma el recurrente, ni se ha establecido en su favor un privilegio legal en materia tributaria, por lo que rechazaron el reclamo de ilegalidad deducido en autos por dicha entidad".

Esta norma debería ser mejorada lo más pronto posible, para los efectos de que la franquicia sea verdaderamente atractiva para el inversionista extranjero, de tal forma de motivarlo a instalar en Chile su plataforma de inversiones para Latinoamérica. Nuestro país presenta ventajas comparativas en términos de

estabilidad política y económica, de seguridad y de avance tecnológico, sin embargo la regulación tributaria es deficiente.

6.2. Retención por efecto del retiro para invertir de un no domiciliado.

Con fecha 24 de junio de 2003 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.879, la cual mediante su artículo 1° incorporó una serie de modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, como es el caso del N° 4 del artículo 74 de dicho texto legal. He decidido incorporar esta modificación dentro de esta categoría, puesto que es esencial para el inversionista tener las reglas claras acerca de los efectos tributarios que se generan, en el caso que por su estructura jurídica puedan hacer retiros para invertir.

La modificación consiste en que la empresa chilena que determina su renta efectiva mediante contabilidad completa, para pagar su impuesto de primera categoría, que remesa utilidades a un contribuyente de impuesto adicional, no estará obligada a efectuar retención alguna, si el contribuyente que efectúa el retiro le comunica que lo está reinvertiendo. La ley faculta a la administración tributaria, para que reglamente dicha obligación; la norma del artículo 74 N° 4 en la parte pertinente prescribe: "El Servicio de Impuestos Internos determinará la forma, plazo y condiciones que deberá cumplir la referida declaración, así como el aviso que la *sociedad* receptora de la reinversión deberá dar tanto a dicho Servicio como a la sociedad fuente del retiro" (la letra cursiva en *sociedad*, es nuestra). Cabe destacar el uso de la palabra "sociedad", aun cuando antes el legislador tributario se había referido a un concepto más amplio, "contribuyente", para los efectos de individualizar a la empresa chilena que efectuará la distribución de utilidades a un no domiciliado y por tanto está obligado por la ley a actuar como sujeto pasivo de la obligación tributaria en calidad de "agente retenedor". Precisamente, de esa obligación le exime la ley con esta reforma, siempre y cuando le comuniquen que se trata de un retiro para invertir.

No obstante lo anterior, y sobre la base de que una vez efectuado el retiro sin retención existe alguna probabilidad de que el inversionista extranjero no vuelva a Chile, la norma señala que se esperará 20 días para que se formalice la reinversión y una vez vencido el plazo, "la empresa" de la cual se hubiese efectuado el retiro o remesa deberá pagar la retención, dentro del plazo que establece la ley para la presentación del Formulario 29, que es de declaración y pago mensual. Llamamos la atención que, en este caso, el legislador tributario ha empleado una nueva palabra para individualizar al agente retenedor, lo ha denominado "empresa". Nos parece que la denominación de "contribuyente" o "empresa" es totalmente correcta, ya que

son ambas genéricas y por tanto incluyen las distintas formas jurídicas que puede adoptar la empresa chilena que distribuye las utilidades. A modo de ejemplo, podría tratarse de una agencia chilena de una sociedad anónima extranjera, que remese dividendos a su casa matriz y esta decide reinvertirlas en otra empresa chilena. En este caso, podría existir la discusión si la agencia puede calificar como una sociedad, sin embargo, a nuestro juicio, por ser una extensión de su casa matriz, califica como sociedad anónima. Por otra parte, se puede presentar otra situación, que no incluya una sociedad, como es el caso de un establecimiento permanente que tenga un representante en Chile y cuyo dueño, persona natural o jurídica, no organizado como sociedad, ambos sin domicilio ni residencia en Chile, decida retirar fondos para reinversión. Pues bien, en este caso la empresa chilena no adquiere la calidad jurídica de sociedad, pero sí cabe dentro de los conceptos genéricos de “empresa” y “contribuyente”.

En razón de lo anterior, a nuestro juicio, al hablar de sociedad se incurre en una imprecisión técnica de parte del legislador tributario, que genera una falta de claridad en el uso de las palabras de la ley y por tanto, aplicando las normas de la hermenéutica legal, consagradas en los artículo 19 y siguientes del Código Civil, y especialmente el elemento sistemático y lógico de interpretación, nos lleva a concluir que debemos emplear un concepto amplio y no restrictivo al individualizar al sustituto o agente retenedor, a quien se otorga esta franquicia.

6.3. Trámite de iniciación de actividades y otros beneficios.

Con fecha 2 de mayo del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.263, que tiene por objeto incentivar el flujo de inversión extranjera y el debido desarrollo del mercado de capitales chilenos. En efecto, se autoriza al Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos a eximir de la presentación de la declaración jurada sobre iniciación de actividades, presentación anual de la declaración jurada de rentas y de llevar contabilidad, a los contribuyentes no domiciliados ni residentes en el país que obtengan rentas de aquellas que establezca el Servio de Impuestos Internos mediante resolución. Para estos efectos, se emitió la Resolución Exenta N° 114, de fecha 25 de septiembre de 2008, la cual señala que se acogen a estas normas las rentas provenientes de instrumentos derivados, enajenación de moneda extranjera, o en general, cualquiera renta de capitales mobiliarios que obtengan las personas no domiciliadas en Chile.

7. Vinculados con la investigación y el desarrollo

7.1. Para que el sector privado invierta en investigación y desarrollo.

Con fecha 19 de enero de 2008 se publicó la Ley 20.241, que establece un incentivo para la inversión privada en investigación y desarrollo, para los contribuyentes afectos al Impuesto de Primera Categoría de la Ley de Impuesto a la Renta, que declaren su renta efectiva con contabilidad completa, aun cuando no diga relación directa con su giro. Estos contribuyentes tendrán derecho a un crédito tributario equivalente al 35% del total de los pagos en dinero efectuados en los ejercicios asociados, en virtud de los Contratos de Investigación y Desarrollo celebrados con entidades inscritas en el Registro de Centros de Investigación que lleva la CORFO y cuyo monto supere las 100 unidades tributarias mensuales, al tiempo de la celebración.

El monto del crédito, en cada ejercicio, no puede exceder de un 15% del ingreso bruto anual del contribuyente, ni del equivalente a 5000 unidades tributarias mensuales. En caso de no utilizarse todo el crédito en un ejercicio, no se puede pedir devolución del remanente, pero se puede arrastrar, para ser utilizado en los ejercicios siguientes. El contribuyente tendrá además derecho a rebajar, como gasto necesario para producir la renta, el monto de los pagos que no constituye crédito.

Este beneficio tiene carácter transitorio y su fecha de término es el 31 de diciembre del año 2017. No entendemos por qué es transitorio, siendo que es un pilar fundamental para el desarrollo del país, ello sin perjuicio de la evaluación periódica que se debe hacer de todas las franquicias para su mejoramiento en el tiempo.

Como medida de control, se prohíbe que las empresas celebren contratos con Centros de Investigación y Desarrollo relacionados, en conformidad con lo prescrito en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, 18.045. Esta norma lamentablemente restringe el uso de esta franquicia respecto de las universidades que ya estaban desarrollando este tipo de investigaciones con la empresa privada, puesto que, de acuerdo con la norma anterior, ya están relacionados. A nuestro juicio, esta situación debe ser mejorada en este aspecto, para que tenga una mayor aplicación práctica.

7.2. Para incentivar el uso de la investigación y desarrollo externos.

Con fecha 9 de enero del año 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.154, mediante la cual se introdujeron modificaciones a los artículos 59 y 60 de la Ley de Impuesto a la Renta, disminuyendo la tasa del impuesto adicional que grava a las remesas efectuadas al exterior, por concepto de uso, goce

o explotación de patentes de invención, modelos de utilidad, de dibujos y diseños industriales y todo tipo de programas computacionales, de 30% a un 15%. En el caso de marcas, patentes, fórmulas y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquiera otra forma de remuneración, mantienen la tasa del 30%. La ley define como programa computacional el conjunto de instrucciones para ser usado directa o indirectamente en un computador o procesador, a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado contenidos en casetes, disquetes, discos, cinta magnética u otro soporte material o medio.

Esta norma establece, asimismo, una norma de control, antielusiva, que consiste en que la tasa aplicable será de 30%, cuando: a) el acreedor o beneficiario de las regalías o remuneraciones se encuentre constituido, domiciliado o residente, en alguno de los paraísos tributarios que determine la lista que debe elaborar el Ministerio de Hacienda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 D de la Ley de Impuesto a la Renta; o b) cuando posean o participen en un 10% o más del capital o de las utilidades del pagador o deudor, así como en el caso que se encuentren bajo un socio o accionista común que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o más del capital o las utilidades, de uno u otro.

Asimismo, esta norma también rebaja la tasa a un 15%, en el caso de remuneraciones pagadas a personas naturales o jurídicas, por trabajos de ingeniería o técnicos y por aquellos servicios profesionales o técnicos que una persona o entidad, concedora de una ciencia o técnica, presta a través de un consejo, informe o plano, sea que se presten en Chile o en el exterior. Esta disposición también tiene una norma de control, antielusiva, que consiste en que se aplicará una tasa de 20% si los acreedores o beneficiarios de las remuneraciones se encuentran en las hipótesis señaladas anteriormente.

II. Medidas de control tributario

Estas medidas pretenden llenar los vacíos que tiene la legislación, los cuales son aprovechados por los contribuyentes para disminuir sus cargas tributarias, alejándose muchas veces de la voluntad del legislador al establecer la norma. Esta son las conocidas "medidas antielusivas", que se han dictado permanentemente en el tiempo, en aplicación y cumplimiento del principio de legalidad. Por otra parte, se otorgan nuevas facultades a la administración tributaria para facilitar su labor de fiscalización y lograr que esta sea más eficiente.

1. Medidas antielusivas

1.1. Normativa aplicable a los FIP.

Mediante la dictación de la Ley 20.190, de fecha 5 de junio del año 2007, se introdujeron una serie de modificaciones al régimen aplicable a los FIP, siendo los puntos más destacables para efectos tributarios los siguientes: a) se limitó la participación directa, en proyectos inmobiliarios, a contar del 1 de enero del año 2012, lo que implica tácitamente un alza de impuestos, al quedar gravadas las utilidades de dichos proyectos, con la tasa del Impuesto de Primera Categoría; y b) se aplica la norma de control, establecida en el artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, respecto de determinadas partidas, gravando al FIP con una tasa única de 35%, de impuesto de control, asimilándose al tratamiento tributario de una sociedad anónima. Esta norma de control entró en vigencia en la fecha de publicación de la ley modificatoria, es decir, el 5 de julio del año 2007, con excepción de los fondos constituidos con anterioridad al 27 de noviembre del año 2006, en cuyo caso la norma de control entra en vigencia el 1 de enero del año 2012.

Es difícil entender por qué el legislador estableció una entrada en vigencia diferenciada de la norma de control referida en la letra b) anterior. A nuestro juicio, ello no se justifica y debió entrar en vigencia para todos los FIP, independientemente de su fecha de constitución, en una misma oportunidad. Si la norma lo que pretendía era evitar el abuso que estaban haciendo algunos contribuyentes del sistema tributario de excepción en beneficio propio, como por ejemplo comprando autos y casas para su uso personal con el patrimonio del FIP, no se justifica esta vigencia diferida. Lo anterior genera una desigualdad ante la ley, que nuevamente no tiene una base razonable en la cual se sustente.

1.2. Venta de bienes que no formen parte del activo realizable.

El artículo 5° letra a) de la Ley 19.738 introdujo modificaciones al artículo 8° letra m) de la Ley del IVA, dando un trato diferenciado a la venta de bienes corporales muebles e inmuebles, para los efectos de configurar el hecho gravado especial que regula dicha norma.

1.3. Presunción de Derecho de la habitualidad.

El artículo 2° letra b) de la Ley 19.738 modifica el inciso tercero del artículo 18 de la Ley de Impuesto a la Renta, incorporando, dentro de la presunción de habitualidad, la subdivisión de terrenos "rurales", siempre que la enajenación de los mismos se produzca dentro de los 4 años siguientes a su adquisición. Cabe destacar que esta es una presunción de derecho y por tanto no admite prueba en contrario, sin perjuicio de que la hipótesis que da origen a la pre-

sunción puede ser controvertida.

1.4. Limitaciones al uso de las pérdidas.

La Ley 19.738 introdujo modificaciones a los números 3, 5 y 12 del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, con el fin, por una parte, de restringir el uso de las pérdidas tributarias y limitar los efectos tributarios de la depreciación acelerada para la Primera Categoría, y por otro lado, facilitar la justificación de los gastos en el exterior, cuando en el país del domicilio del beneficiario de la renta esta se grave con un impuesto a la renta de tasa igual o superior al 30%. Esta última situación deberá verificarse por el Servicio de Impuestos Internos, de oficio o a petición de parte.

1.5. Intereses por deudas del exterior.

La Ley 19.738, del año 2001, a la que ya nos hemos referido, vino a limitar la tasa de 4% que beneficia al impuesto adicional, aplicable a los intereses provenientes de deudas contraídas con bancos e instituciones financieras domiciliados en el exterior, estableciendo un límite de endeudamiento cuando el acreedor se encuentre relacionado con el deudor local. En efecto, el "endeudamiento total anual" no puede ser superior a 3 veces el patrimonio del contribuyente, el exceso de endeudamiento se grava con un impuesto de 31%, que será de cargo del deudor, el cual podrá deducir como gasto.

En efecto, dicha ley, a través de la letra d) del N° 1 de la letra j) de su artículo 2°, agregó cuatro nuevos incisos al N° 1 del artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta, mediante los cuales reguló esta medida antielusiva.

Hasta antes de la reforma, se producía el fenómeno conocido como "sub-capitalización", que consiste básicamente en que las inversiones extranjeras efectuadas en sociedades nacionales ingresaban al país y se registraban en la contabilidad de la empresa chilena con un monto muy menor de capital y mediante mucha deuda. La deuda en cuestión era otorgada por un banco o institución financiera vinculada con el mismo inversionista (*back to back*). Todo ello debido a que la renta que genera la deuda, es decir, los intereses, se gravan con un 4% de impuesto adicional, a diferencia del 35% que afecta a la renta que genera el capital, es decir, los dividendos. La medida de control limitó el uso del 4% del impuesto adicional, aplicable a los intereses, en la forma antes señalada.

En todo caso, cabe señalar que dicha limitación no se aplica cuando el deudor local sea una entidad cuya actividad haya sido calificada de carácter financiero por el Ministerio de Hacienda, a través de una resolución fundada. En este sentido, se debe tener presente que, mediante Resolución 1148, de fecha 4

de septiembre de 2001, dicho Ministerio señaló que los bancos e instituciones financieras y las empresas de leasing financiero sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y las compañías de seguros y reaseguros y las empresas de leasing financiero sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, calificarán de pleno derecho como deudores o entidades cuya actividad es calificada de carácter financiero, para los efectos de lo dispuesto en el inciso final del artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta.

1.6. Tratamiento tributario de los excedentes de libre disposición.

Con fecha 7 de noviembre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.768, la cual mediante su N° 4 del artículo 1° incorporó a la Ley de Impuesto a la Renta un nuevo artículo, individualizado como artículo 42 ter, a través del cual se establece un nuevo tratamiento tributario para los excedentes de libre disposición que los afiliados al sistema de pensiones contenido en el Decreto Ley 3.500, de 1980, pueden retirar bajo las condiciones que contempla dicho texto legal. Asimismo, el artículo 6° transitorio de la ley modificatoria establece una opción para los contribuyentes afiliados al sistema de pensiones y que con anterioridad a la fecha de publicación de la ley mantengan recursos en sus cuentas de capitalización individual, por concepto de cotizaciones voluntarias, para los efectos de determinar el Impuesto a la Renta aplicable a los retiros de excedentes de libre disposición que se realicen con cargo a esos recursos, pudiendo mantener el régimen establecido en el artículo 71 del Decreto Ley 3.500, de 1980, vigente al momento de la publicación de la ley modificatoria o bien acceder al nuevo tratamiento tributario que establece el artículo 42 ter de la Ley de Impuesto a la Renta.

El artículo 42 ter establece que los excedentes de libre disposición podrán ser retirados libres de impuesto, hasta por un máximo anual de 200 unidades tributarias mensuales, no pudiendo en todo caso exceder dicha exención el equivalente a 1.200 unidades tributarias mensuales. Alternativamente, el contribuyente podrá optar por acoger sus retiros a una exención máxima de 800 unidades tributarias mensuales durante un año. En todo caso, este tratamiento privilegiado no se aplica a los recursos originados en depósitos convenidos. Para que opere esta exención, los aportes que se efectúen para constituir dicho excedente, por concepto de cotización voluntaria o depósitos de ahorro voluntario, deberán haberse efectuado con a lo menos 48 meses de anticipación a la determinación de dicho excedente. Los retiros que efectúe el contribuyente se imputarán, en primer lugar, a los aportes más antiguos, y así sucesivamente.

1.7. Limitación del ingreso no renta del seguro dotal.

Con fecha 7 de noviembre de 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.768, cuya letra a) del N° 1 de su artículo 1° le agregó un nuevo inciso final al N° 3 del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, con el fin de restringir o limitar la calidad de ingreso no renta, de las cantidades que se perciben en cumplimiento de los seguros dotales.

En virtud de esta modificación, para que las cantidades que se reciban en cumplimiento de un seguro dotal constituyan un ingreso no renta, es necesario que el plazo estipulado sea superior a 5 años y en la parte que no exceda anualmente de 17 unidades tributarias mensuales, según el valor de dicha unidad al 31 de diciembre del año en que se perciba el ingreso, considerando cada año que medie desde la celebración del contrato y el año en que se percibe el ingreso y el conjunto de los seguros dotales contratados por el perceptor. El saldo positivo que se determine deberá ser retenido por la compañía de seguro con una tasa de 15%. Sin perjuicio de lo anterior, se considera renta toda cantidad percibida con cargo a un seguro dotal, cuando no hubiera fallecido el asegurado, o se hubiera invalidado totalmente, si el monto pagado por concepto de prima hubiere sido rebajado de la base imponible del Impuesto Único de Segunda Categoría o Impuesto Único al Trabajo. A los seguros dotales acogidos a las normas del artículo 57 bis de la Ley de Impuesto a la Renta no se les aplica este ingreso no renta.

1.8. Presunción de relación del artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Con fecha 23 de noviembre de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.840, la cual mediante el N° 3 de su artículo 1° incorpora dos incisos finales al artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta, en los que se establecen presunciones simplemente legales, es decir, que admiten prueba en contrario, cuando existe la relación que contempla dicha norma, para los efectos que el Servicio de Impuestos Internos pueda impugnar los precios asignados por las partes relacionadas.

En efecto, la nueva norma señala que se presumirá que existe relación para los efectos del artículo 38, respecto de empresas que pacten contratos de exclusividad, acuerdos de actuación conjunta, tratamientos preferenciales, dependencia financiera o económica, o depósitos de confianza. La misma presunción se aplica cuando las operaciones se hagan con empresas que se encuentren constituidas en un país o territorio incorporado en la lista referida en el N° 2 del artículo 41 D de la Ley de Impuesto a la Renta. Los contribuyentes deberán mantener un registro en la forma establecida por la ley.

1.9. Nueva renta de fuente chilena.

Con fecha 23 de noviembre del año 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.840, mediante la cual se modificó el inciso segundo del artículo 10 de la Ley de Impuesto a la Renta, que establece cuáles son las rentas que se entenderán de fuente chilena, para los efectos de la aplicación de la potestad tributaria chilena. En efecto, con la modificación se asimilan a las rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales, o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero y que se efectúe a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, siempre y cuando esta adquiera directa o indirectamente participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile, en la forma y condiciones que establece la nueva norma.

La norma entró en vigencia el 1 de diciembre de ese mismo año, y tuvo como propósito regular una operación concreta de venta de una conocida empresa minera, cuyos inversionistas extranjeros originalmente iban a realizar la operación en el exterior. Mediante esta medida antielusiva, el legislador levanta el velo corporativo, puesto que no obstante venderse acciones de una sociedad extranjera por un no domiciliado, es decir, realizarse una operación que está fuera de la potestad tributaria chilena tradicional, se traspaasa la forma jurídica de la sociedad extranjera, que hace de puente entre el inversionista extranjero y su inversión en Chile, entendiendo que el no domiciliado, en el hecho, tiene participación en una sociedad chilena y por tanto la renta se genera en Chile. En todo caso, para que ello suceda, entre otros requisitos, se exige que el comprador esté domiciliado en Chile y adquirir un porcentaje relevante.

Como ya dijimos, la norma anterior estaba dirigida a un caso concreto, al cual finalmente tampoco se le aplicó, puesto que en definitiva la transacción fue realizada de otra manera, por esta razón la disposición no es de mucha aplicación práctica, y ocasiona una distorsión al sistema tributario chileno, puesto que complica aun más la labor interpretativa del mismo. Basta señalar al respecto que si la persona domiciliada en Chile compra al inversionista extranjero, a través de una sociedad puente extranjera, la norma no se aplica. Esto demuestra la falta de generalidad de la norma.

1.10. Modificaciones introducidas al artículo 14 bis de la Ley de Impuesto a la Renta.

Con fecha 15 de septiembre del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.291, la que tuvo por finalidad realizar una rebaja al Impuesto Específico a los Combustibles, en la cual conjuntamente se modificaron varias normas

del artículo 14 bis y 14 ter de la Ley de Impuesto a la Renta.

Cabe destacar que las modificaciones introducidas al artículo 14 bis no están bien redactadas, lo que dificulta enormemente su interpretación. Asimismo, la Circular N° 5, del 13 de enero del año 2009, emitida por el Servicio de Impuestos Internos, no aclara mucho al respecto.

Dentro de las modificaciones introducidas, queremos destacar las normas antielusivas incorporadas: a) la sociedad acogida a esta franquicia no puede poseer ni explotar a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades, ni formar parte de contratos de asociación o cuentas en participación, en calidad de gestor; b) para los efectos de calcular los topes de ingresos anuales que tiene el contribuyente, se deben sumar los ingresos obtenidos por sus empresas relacionadas, en los términos del artículo 20 N° 1 letra b) de la Ley de Impuesto a la Renta, de otras empresas que se encuentren acogidas al artículo 14 bis; y c) los contribuyentes quedan excluidos del régimen optativo y obligados a declarar sus rentas bajo el régimen general, a partir del mismo ejercicio en que sus ingresos anuales, por ventas, servicios u otras actividades de su giro, superen las 7000 unidades tributarias mensuales, o sus ingresos anuales provenientes de las actividades del N° 1 o N° 2 del artículo 20 de la Ley de Impuesto a la Renta superen el equivalente a 1.000 unidades tributarias mensuales.

La norma de control referida en la letra c) anterior pretende evitar que los contribuyentes utilicen las empresas acogidas a las normas del artículo 14 bis con el objeto de generar ingresos no afectos al Impuesto de Primera Categoría, como consecuencia de que conforme a la norma modificada, se producía el cambio de régimen tributario a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se excedía el límite de ingresos anuales que establecía la ley. La nueva norma no es clara, en cuanto a si la modificación se aplica a todos los contribuyentes acogidos a este régimen tributario o bien solamente a aquellos que inician actividades por primera vez y se acogen a este régimen, caso en el cual los contribuyentes que optan por el régimen no tendrían esta limitación. Estamos por esta segunda interpretación.

Cabe precisar que los contribuyentes que se acogen al momento de iniciar actividades al artículo 14 bis tienen como tope de ingresos anuales 7.000 unidades tributarias mensuales; en cambio los contribuyentes que se cambian de régimen, su tope de ingresos anuales es de 5.000 unidades tributarias mensuales.

2. Medidas de fiscalización

2.1. Información de créditos bancarios y de instituciones financieras.

La Ley 19.738 modificó el artículo 85 del Código Tributario, obligando a las instituciones antes referidas a proporcionar todos los datos relativos a las operaciones de crédito de dinero que hayan celebrado y las garantías constituidas para su otorgamiento, con excepción de aquellas operaciones otorgadas para el uso de tarjetas de crédito, cuyos titulares no sean contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría de la Ley de la Renta, y se trate de tarjetas destinadas exclusivamente al uso particular de una persona natural. La norma también establece que tampoco el Servicio de Impuestos Internos podrá acceder a la información de las operaciones de crédito celebradas y garantías constituidas, por contribuyentes del artículo 20 N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta, ni a las operaciones que correspondan a un período superior al plazo de 3 años.

Cabe señalar que durante la tramitación del proyecto de ley de la norma antes comentada se discutió acerca de la conveniencia de que el Servicio de Impuestos Internos pueda acceder por razones administrativas al secreto bancario y no solo a través de un juez, para el caso de investigación de un delito tributario, como es actualmente, iniciativa que fue rechazada. En este mismo sentido, debemos recordar que recientemente el gobierno ha presentado nuevamente un proyecto de ley al Congreso Nacional para modificar el artículo 62 del Código Tributario, con el objeto de que la administración tributaria pueda acceder directamente a todo tipo de información bancaria de los contribuyentes, para la aplicación y fiscalización de las leyes tributarias o para dar cumplimiento a un convenio internacional.

Estimamos que esta nueva facultad que se le pretende otorgar al Servicio de Impuestos Internos debiera estar limitada, para que pudiera dar cumplimiento al intercambio de información que establecen los convenios de doble imposición y de esta forma cumplir con los estándares que exige la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), para el ingreso de Chile como país miembro. En lo que respecta a la información bancaria, para la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, nos parece que el acceso no puede ser amplio y genérico, sino que debe estar reservado para aquellos casos en que exista una razón justificada por parte de la administración, de tal forma que, de no concurrir dicha hipótesis, se faculte al contribuyente para defender su derecho a la privacidad, ante el juez competente. En todo caso, las causales que habiliten a la administración para acceder directamente al secreto y reserva bancarios, deben ser taxativamente enumeradas por la ley, de tal forma que la autoridad administrativa deba probar en juicio la concurrencia de la causal y el contribuyente tenga el derecho de oponerse en caso que no sea justificada, resolviendo un tercero

independiente.

2.2. Impuesto de Rentas Municipales.

Con fecha 4 de julio del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.280, la cual introdujo modificaciones al Decreto Ley 3.063, del año 1979, sobre Rentas Municipales.

En el artículo 24 de la ley modificada se introducen dos cambios, tendientes a fiscalizar el pago de las patentes municipales por parte de las Municipalidades y la correcta determinación del capital propio tributario, sobre el cual se aplica la tasa del impuesto, en caso de empresas que lleven contabilidad completa: a) con el objeto de que el Servicio de Impuestos Internos entregue electrónicamente, a cada una de las Municipalidades, dentro del mes de mayo de cada año, la información del capital propio declarado, el rol único tributario y el código de actividad económica de cada contribuyente; y b) para que el contribuyente, con el objeto de acreditar la deducción de las inversiones que tiene en otras sociedades que pagan patente de su capital propio, deberá acompañar certificado extendido por la o las Municipalidades correspondientes a las comunas respectivas.

El Presidente de la República debió haber reglamentado la aplicación de esta última modificación, cuestión que hasta la fecha no ha realizado, no obstante haber comenzado a regir su vigencia el 1 de enero de 2009.

2.3. Modificaciones al artículo 97 Código Tributario.

Con fecha 9 de enero del año 2009 se publicó la Ley 20.316, en el Diario Oficial, cuyo artículo 2° sustituye el N° 24 del artículo 97 del Código Tributario, estableciendo que los contribuyentes de los impuestos de la Ley de Impuesto a la Renta, que dolosamente reciban contraprestaciones de las instituciones a las cuales efectúen donaciones, en los términos establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.885, sea en beneficio propio o en beneficio personal de sus socios, directores o empleados o del cónyuge o de los parientes consanguíneos, hasta el segundo grado, de cualquiera de los nombrados o simulen una donación, en ambos casos, de aquellas que otorgan algún tipo de beneficio tributario que implique un menor pago de algunos de los impuestos referidos, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados mínimos a medio.

La ley establece una definición de contraprestación, para los efectos de aplicar el tipo penal. También se sanciona al donatario que dolosamente destine la donación recibida a un fin distinto al de sus estatutos.

III. Cambios en la estructura tributaria

Estas modificaciones están destinadas a reglamentar el cambio de cualquiera de los elementos de la obligación tributaria. Como asimismo, en general, una modificación del sistema tributario, sustantivo y procesal.

1. Cambio de régimen tributario

1.1. Plazo para pedir devolución de impuestos.

La Ley 19.738 amplió el plazo para la solicitud de devolución de impuestos a que se refiere el artículo 126 del Código Tributario, de 1 a 3 años. Ello vino a equiparar el plazo que tiene el contribuyente para solicitar la devolución de impuestos pagados en exceso o en forma indebida, con el plazo ordinario de prescripción que establece el artículo 200 del mismo texto legal, para que la administración tributaria pueda cobrar los impuestos. Esta reforma constituye un avance en tratar de equilibrar las desiguales relaciones jurídicas existentes entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Sin embargo, cabe recordar que la tasa de interés que establece el inciso 3° del artículo 53 del Código Tributario, para los impuestos morosos, asciende a un 1,5% por cada mes o fracción de mes, es decir, un 18% anual, la cual se calcula sobre valores reajustados. Dicha tasa, además de ser absolutamente desproporcionada con la realidad actual de nuestro sistema financiero, no se condice con la tasa de interés que se les aplica a los impuestos que debe ser devueltos al contribuyente, por haber sido pagados en exceso o indebidamente, en razón de una reliquidación o liquidación de oficio practicada por el Servicio de Impuestos Internos y reclamada por el contribuyente. En efecto, en este último caso, conforme con lo dispuesto en el artículo 57 del mismo texto legal, solo se aplica una tasa de interés real del 0,5% por cada mes completo. Esta desigualdad también debe ser enmendada.

1.2. Modificación Ley 18.320.

Mediante las Leyes 19.738 y 19.747, publicadas en el Diario Oficial de fecha 19 de junio del año 2001 y de fecha 28 de julio del año 2001, respectivamente, se incorporaron modificaciones al artículo único de la Ley 18.320, publicada en el Diario Oficial, con fecha 17 de julio de 1984, que establece normas encaminadas a incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias y generar en los contribuyentes una actitud positiva frente a dichas obligaciones.

El beneficio opera sobre la base de un mecanismo que consiste en autorizar al Servicio de Impuestos Internos para examinar las declaraciones y verificar los antecedentes tributarios necesarios para determinar el monto del Im-

puesto a las Ventas y Servicios, por un plazo limitado a los últimos 36 períodos mensuales, por los cuales el contribuyente presentó o debió presentar declaración de impuesto. Si al revisar los antecedentes del contribuyente, generados en ese lapso, se determina que la conducta de este ha sido irreprochable, el Servicio debe abstenerse de revisar o examinar los periodos anteriores, aun cuando aparezca en forma evidente que en uno o más de estos últimos periodos se han omitido declaraciones o las presentadas son maliciosamente falsas.

Cabe señalar que la norma originalmente establecía que la revisión del Servicio de Impuestos Internos estaba limitada a 12 meses, luego se cambió a 24 meses, para finalmente quedar en los 36 meses antes referidos. Sin embargo, la modificación mantiene un plazo fatal de seis meses para citar al contribuyente, liquidar o formular giros por el período examinado, contado desde el vencimiento del término que tiene el contribuyente para presentar los antecedentes requeridos, luego de efectuarse la primera notificación. Esta Ley es conocida como la "Ley Tapón".

1.3. Nueva escala de tasas de impuestos personales.

La Ley 19.753, publicada en el Diario Oficial de fecha 28 de septiembre de 2001, introdujo algunas modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, dentro de las cuales se destacan aquellas que establecen una nueva escala de tasas para el cálculo del Impuesto Único de Segunda Categoría y Global Complementario, vigentes para los años tributarios 2003, en forma transitoria, y año tributario 2004, en forma permanente. Además, la norma derogó el crédito personal por contribuyente que establecían los artículos 44 y 56 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta.

La tabla del Impuesto Único de Segunda Categoría o también conocido como Impuesto Único al Trabajo, es la misma que la del Impuesto Global Complementario, es decir, ambos impuestos son progresivos y por tramos, con la única diferencia que, en el primer caso, los tramos se dividen en unidades tributarias mensuales, y en el segundo, en unidades tributarias anuales, debido al distinto período de pago de cada impuesto. Antes de la reforma, la tasa marginal de ambos impuestos era de un 45%. Este último tramo se dividió en dos, quedando el marginal en un 40%, en lo que exceda de 150 unidades tributarias mensuales o anuales, según corresponda, y se agregó un nuevo tramo con una tasa de 37% en la parte que exceda de 120 y no pase de 150. Asimismo, se modificaron las tasas de dos tramos intermedios, de 10% a 13,5% y de 35% a 32%.

Nos parece que la tasa marginal de los impuestos personales aún es demasiado

alta y ello desincentiva la capacidad de trabajo o bien obliga a los contribuyentes a estructurarse como empresas de primera categoría que llevan contabilidad completa, para declarar su renta efectiva, con el objeto de postergar el pago del impuesto personal y pagar solamente una tasa de 17%. Si bien se ha planteado la posibilidad de establecer una tasa plana de impuesto (*flat tax*), no están claros sus beneficios y es de difícil implementación. Por esta razón, estamos de acuerdo con la existencia de un impuesto progresivo y por tramos, pero atendiendo a la capacidad contributiva efectiva de cada contribuyente, de tal forma que el impuesto personal no se transforme en un impuesto al gasto. Para ilustrar mejor lo anterior, basta con comparar la situación de dos personas naturales que tienen la misma remuneración mensual de MM \$ 5, pero una es soltera y sin cargas de familia y la otra es casada y tiene cinco hijos; nuestro sistema tributario a ambos les aplica una tasa marginal de 40%. Es decir, el impuesto personal no se concentra en el verdadero incremento de patrimonio de cada persona, sino simplemente en su ingreso bruto, sin considerar los gastos en que ha debido incurrir para generar esa renta. En otras palabras, sin distinguir la distinta capacidad contributiva que tiene cada contribuyente. Esta situación debe ser cambiada, de tal forma de permitir a los contribuyentes descontar de sus impuestos personales los gastos de educación, vivienda, alimentación y vestuario, obviamente sujeto a ciertos topes, por ejemplo en función de las cargas de familia.

1.4. Cambio de la tasa de Impuesto de Primera Categoría.

Con fecha 28 de septiembre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.753, que introduce algunas modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, una de las cuales consistió en sustituir la tasa del Impuesto de Primera Categoría, durante los años comerciales 2002, 2003, 2004 y siguientes. Con motivo de esa modificación, se estableció una reajustabilidad de la tasa de pagos provisionales mensuales a que se refiere la letra a) del artículo 84 de la Ley de Impuesto a la Renta, que deben efectuar los contribuyentes de la citada categoría, en la forma y por los períodos que se señalan en la mencionada ley modificatoria.

Como consecuencia de lo anterior, la tasa del Impuesto de Primera Categoría subió de un 15% a un 16%, para el año tributario 2003, a un 16.5% para el año tributario 2004 y a un 17% a contar del año tributario 2005. Finalmente, la tasa de 17% del impuesto de primera categoría pasó a ser permanente.

1.5. Cambio de la tasa del Impuesto al Valor Agregado.

Mediante la Ley 19.888, publicada en el Diario Oficial de fecha 13 de agosto del año 2003, se sustituye el artículo 14 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, subiendo la tasa del 18% al 19%, a contar del 1 de octubre del año 2003. Esta

norma establecía esta alza de tasa en forma transitoria, es decir, hasta el 1 de enero del año 2007, sin embargo, el artículo 7° de la Ley 20.102, publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de abril del año 2006, derogó la transitoriedad, quedando el alza de impuestos en forma permanente. Cabe señalar que no obstante constituir el IVA un impuesto de carácter regresivo, puesto que afecta más a las personas de escasos recursos económicos, que destinan la mayor parte de sus ingresos a comprar bienes o utilizar servicios, gravados con dicho impuesto, es muy importante dentro de nuestro sistema tributario, ya que es fácil de controlar y genera una importante recaudación tributaria, que hoy representa aproximadamente un 40% de los ingresos totales por concepto de impuestos.

Cabe señalar que los dos casos de alzas de las tasas de los impuestos troncales, antes comentados, sirvieron para paliar una rebaja de impuestos, es decir, el gobierno ha aplicado el sistema de las compensaciones, para resguardar la recaudación fiscal. Por lo demás, ya constituye una práctica generalizada que las alzas de impuestos, establecidas transitoriamente, pasan a ser permanentes en el tiempo.

1.6. Cambio en la tasa del Impuesto de Timbres y Estampillas.

Con fecha 7 de noviembre de 2006 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.130, mediante la cual se introducen una serie de modificaciones al Decreto Ley 3.475, de 1980, que contiene la Ley sobre Impuesto de Timbres y Estampillas. Las modificaciones en cuestión consisten básicamente en bajar las tasas del impuesto a los niveles existentes hasta antes del 14 de noviembre del año 1998, fecha en la cual la Ley 19.589 aumentó las tasas de este impuesto. Asimismo, se modificó la exención del N° 7 del artículo 24, que trata acerca de las sustituciones de crédito.

1.7. Nuevos créditos por inversiones en el extranjero.

Con fecha 16 de febrero del año 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.171, mediante la cual se incorporaron modificaciones al régimen del crédito por impuestos pagados o adeudados en el extranjero, contenido en los artículos 41 A, 41 B y 41 C, de la Ley de Impuesto a la Renta y se modificaron los artículos 41 D, 69 N° 3, y 84 de la misma ley.

Nos gustaría destacar que mediante esta disposición nuestra legislación unilateralmente amplía el monto del crédito, por concepto de impuestos a la renta pagados en el exterior, a un 30%, el cual se puede imputar no solo contra el Impuesto de Primera Categoría, sino también contra los impuestos personales, en la forma que establece la norma y reglamenta la Circular N° 25, de fecha 25

de abril del año 2008, emitida por el Servicio de Impuestos Internos. Ello independientemente si el país en el cual el inversionista local ha hecho la inversión ha celebrado o no un Convenio de Doble Imposición con Chile. Se debe destacar la importancia de esta reforma, la que demuestra una visión globalizadora del legislador, quien apoya a las empresas chilenas para que compitan de mejor forma en el exterior, sacrificando recaudación interna.

1.8. Forma de determinación del Impuesto de Herencia y Donaciones.

Con fecha 10 de octubre del año 2003 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.903, sobre Procedimiento para el Otorgamiento de la Posesión Efectiva de la Herencia y Adecuaciones de la Normativa Procesal Civil y Tributaria sobre la Materia.

Esta ley, en su artículo 1º, estableció que las posesiones efectivas de las herencias de sucesiones intestadas abiertas en Chile serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, cuyo procedimiento se regula en los artículos 1º hasta el 12 de la ley. El artículo 13 de la ley crea un Registro Nacional de Posesiones Efectivas y Testamentos.

El artículo 18 de la Ley 19.903 introduce una serie de modificaciones a la Ley de Impuesto de Herencia y Donaciones, las cuales podemos resumir de la siguiente forma: a) el impuesto pasa a ser de declaración y pago por parte del heredero o donatario; b) las controversias que se produzcan en relación con la determinación de este impuesto dejan de ser competencia del juez civil y pasan al tribunal tributario; y c) se crea un artículo 46 bis, que establece que los bienes que no tienen una regla especial de valoración en la ley serán considerados a su valor corriente en plaza y para aplicar las facultades de tasación, respecto del valor asignado por el contribuyente, el Servicio de Impuestos Internos debe citar al contribuyente dentro del plazo de 60 días, contados desde la presentación de la declaración de impuestos o la exención respectiva.

Esta ley generó mucha preocupación en el mercado, ya que a esa fecha el proyecto de ley de los tribunales tributarios era muy deficiente y sólo una mera expectativa, por tanto se veía como un retroceso que las pocas controversias tributarias que estaban en manos de la justicia civil hayan pasado a manos de la justicia tributaria, dependiente de la administración en la primera instancia. Por otra parte, en el caso de empresas cuya participación no tiene cotización bursátil, es difícil poder determinar cuál es su valor corriente en plaza, cuestión que ya ha generado conflictos con la autoridad, quien tiene la facultad de tasar el valor declarado por el heredero, en la forma antes señalada. Finalmente, reiteramos que la aplicación de este impuesto constituye un gran desincentivo

para que la empresa familiar continúe en la nueva generación, lo que provoca un grave daño para el país. Por esta razón, somos partidarios de no gravar con impuesto de herencia y donaciones a las sucesiones de empresas familiares que cumplan determinados requisitos, los cuales deben estar orientados a garantizar la continuidad del giro.

1.9. Modificación descuento habitacional del IVA en la construcción.

Con fecha 25 de marzo del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.259, mediante la cual se introdujeron una serie de modificaciones al artículo 21 del Decreto Ley 910, del año 1975.

Se limitó la franquicia consistente en la rebaja del Impuesto al Valor Agregado, equivalente a un 65% en la venta de inmuebles y en los contratos generales de construcción por suma alzada, que tuvieran un destino habitacional. La limitación que introduce esta norma a la franquicia es la siguiente: a) por cada vivienda, el valor del contrato no puede exceder de 4.500 unidades de fomento y b) el beneficio no puede exceder de 225 unidades de fomento. En consecuencia, la base imponible máxima sobre la cual se podrá aplicar la franquicia una vez en vigencia la nueva ley, será de 1821,86 unidades de fomento.

Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente, se mantiene la franquicia sin los límites antes señalados en el caso de contratos generales de construcción, celebrados a favor de las instituciones de beneficencia que cumplan con los requisitos del inciso 2° del Decreto Ley 910 modificado, salvo en lo que respecta a ampliaciones, modificaciones, reparaciones y mantenimiento de inmuebles.

La reforma tiene una vigencia gradual en el tiempo. En efecto, los contratos generales de construcción y las ventas de inmuebles cuyo impuesto se devengue hasta el 30 de junio del año 2009, mantendrán la franquicia sin límite. Los impuestos que se devenguen a contar del 1 de julio se regirán por la nueva ley. Sin perjuicio de lo anterior, los contratos generales de construcción que cuenten con permiso de edificación antes del 1 de julio de 2009 y que hayan iniciado la construcción, antes del 31 de diciembre del mismo año, mantendrán el tratamiento tributario anterior, es decir, la rebaja del 65% del impuesto sin límites, por todos sus estados de pago, independientemente de la fecha en que se devengue el impuesto.

2. Impuesto específico a la actividad minera

Mediante Ley N° 20.026, publicada en el Diario Oficial de fecha 16 de junio del año 2005, se incorporó a la Ley de Impuesto a la Renta un Título IV Bis, denominado "Impuesto Específico a la Actividad Minera" y que agrega un nuevo

artículo 64 bis. Como consecuencia de lo anterior, se introducen modificaciones a los artículos 31, 65, 84, 90, 93 y 94 del mismo texto legal.

La razón económica del establecimiento de este impuesto es que se aplica respecto de la explotación de minerales, los cuales se agotan, por tratarse de recursos no renovables.

Este es un impuesto específico a la renta operacional de la actividad minera que se declara y paga en abril de cada año, respecto del año anterior, generando la obligación de efectuar pagos provisionales mensuales, con cargo al mismo. Rige a contar del 1 de enero del año 2006 y se debió pagar por la renta operacional que se obtuvo a contar de dicha fecha. El contribuyente es el explotador minero, por la extracción y venta de minerales concesibles. A su vez, el explotador minero es toda persona natural o jurídica que extraiga sustancias minerales concesibles y las venda en cualquier estado productivo.

Un aspecto complicado de la ley son las tasas del impuesto, para estos efectos las ventas anuales se deben expresar en toneladas métricas de cobre fino, independientemente del tipo de mineral que se venda, y para determinar la tasa, hay que considerar el valor total de venta de los productos mineros, del conjunto de personas relacionadas con el explotador minero y que también tengan dicha calidad. Si el explotador minero tiene ventas anuales que exceden 50.000 toneladas métricas de cobre fino, estará afecto a una tasa única de 5%; en cambio, no están afectos al impuesto los explotadores mineros cuyas ventas durante el ejercicio hayan sido iguales o inferiores al valor de 12.000 toneladas métricas de cobre fino. A los que están en el tramo intermedio se les aplica una tasa equivalente al promedio por tonelada que resulte de aplicar una escala progresiva por tramos.

Cabe señalar que el impuesto específico a la actividad minera se puede deducir como gasto del impuesto a la renta que deba pagar el explotador minero. Como ya comentamos, se debe determinar una renta líquida operacional, la cual tiene agregados y deducciones especiales, por ejemplo, se excluyen los intereses y pérdidas de arrastre. Asimismo, la ley establece una serie de medidas antielusivas, cuyo detalle excede este trabajo, no obstante y a modo meramente ejemplar, se puede señalar que se amplía el concepto de "venta" para efectos tributarios, que establece la Ley de Impuesto al Valor Agregado, el cual ya se había alejado del concepto civil de venta. En efecto, para este impuesto se entiende por venta: todo acto jurídico, sea unilateral o bilateral, celebrado por el explotador minero y que tenga por finalidad o pueda producir el efecto de transferir la propiedad de un producto minero. Es decir, el hecho gravado no se queda en la forma, sino que puede atender a la sustancia, esto es, se subjetiviza la hipótesis contemplada en la ley, para que nazca la obliga-

ción tributaria, lo que generará incertidumbre y seguramente controversias en la interpretación y aplicación de la norma, en especial respecto del tipo de organización o estructuras de contratos que tengan por finalidad o puedan producir, independientemente de su forma jurídica, la transferencia del dominio de los productos mineros.

Cabe destacar que la discusión de la implementación de este impuesto específico, también conocido como *royalty* minero, nació a nivel legislativo, mediante una moción parlamentaria, independientemente de que, como se sabe, la iniciativa exclusiva en materia de impuestos la tiene el Presidente de la República. Esta es una manera que utilizan los parlamentarios para poner en el tapete la discusión de los temas que el Ejecutivo no lleva a cabo, y que, de acuerdo con el régimen presidencialista que tenemos, no solo maneja en forma exclusiva y excluyente la agenda tributaria, sino también los tiempos legislativos. Nos parece que esta forma de legislar debe ser revisada, al menos en lo que respecta a las urgencias en la tramitación de estos proyectos que son de un alto contenido técnico y requieren el conocimiento de varias disciplinas, lo que dificulta su despacho, si no se han considerado los tiempos debidos. El problema anterior se acrecienta por el hecho de que las leyes tributarias solo requieren para su aprobación de la mayoría simple de los votos en ambas Cámaras, cuestión que también debiera ser revisada, de tal forma que la norma no solo represente los intereses políticos partidistas del momento, sino que también incorpore una visión técnica de largo plazo, para evitar que la legislación tributaria cambie constantemente, puesto que ello atenta contra la simplicidad del sistema tributario, no da seguridad al contribuyente y dificulta la difusión y conocimiento de la norma.

3. Regulación y adaptación de nuevas instituciones

3.1. Subsidio de cesantía.

Con fecha 14 de mayo del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.728 sobre Seguro de Desempleo, que no obstante establecer en su mayor parte normas de carácter laboral, contiene también algunas disposiciones de índole tributaria, que analizaremos a continuación. En efecto, la norma en cuestión establece que las cotizaciones que deben efectuar los trabajadores y los empleadores para el seguro de cesantía tendrán para todos los efectos legales el carácter de previsionales. Ello implica que también son consideradas como una cotización previsional para efectos tributarios. En consecuencia, en el caso del trabajador, su cotización se descuenta de la base imponible de su impuesto único al trabajo, ya que no se considera como una remuneración afecta a impuesto. En el caso del empleador, constituye un gasto necesario para producir su renta.

Por otra parte, la ley señala que el incremento que experimenten las coti-

zaciones efectuadas al fondo de cesantía, no constituye renta para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta. A su vez, cuando los trabajadores se encuentren habilitados para retirar los recursos acumulados en las cuentas individuales por cesantía, por cumplir los requisitos y condiciones que exige la Ley 19.728 para ello, tales giros o retiros tampoco constituirán renta para sus beneficiarios.

3.2. Adaptación de las normas tributarias a la Reforma Procesal Penal.

Con fecha 31 de mayo de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.806, cuyos artículos 43, 44 y 45 introdujeron una serie de modificaciones al Código Tributario, a la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y a la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, con el objeto de adaptarlas al nuevo procedimiento penal.

4. Nueva justicia tributaria y aduanera

Con fecha 27 de enero del año 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.322, la cual Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera.

Tanto la doctrina nacional como internacional han criticado nuestro sistema procesal tributario, desde los orígenes del Código Tributario, el año 1960, por su falta de imparcialidad en la primera instancia, lo que es incompatible con el Estado de Derecho. Durante la tramitación de la Ley 19.738, Ley contra la Evasión, el gobierno asumió el compromiso de perfeccionar la jurisdicción tributaria, incorporándose esta iniciativa como parte de la Agenda Procrecimiento (año 2002) y luego como parte de la Agenda de Modernización del Estado (año 2008).

Con fecha 19 de diciembre del año 2002 el Ejecutivo presentó el proyecto de ley para Fortalecer y Perfeccionar la Jurisdicción Tributaria y Aduanera, el cual lamentablemente mantenía la dependencia de la primera instancia en manos de la Administración. Basta decir al respecto que en el texto original del proyecto, para el nombramiento del juez tributario, la Corte de Apelaciones respectiva debía designar una terna, de una lista que confeccionaba el propio Ministerio de Hacienda, de quien depende el Servicio de Impuestos Internos. Es decir, participaba activamente una de las partes en el nombramiento del juez que iba a resolver el conflicto. El proyecto es aprobado, en general, en la Cámara de Diputados, el 7 de abril del año 2004, y el 13 de diciembre de 2005, en particular. El día 4 de abril el gobierno le otorga simple urgencia y el 2 de mayo se la retira.

Con fecha 30 de octubre del año 2006 el Ejecutivo presentó una indicación

sustitutiva del proyecto anterior, que incluye no solo la jurisdicción tributaria, sino también la aduanera. El contenido de esta indicación es la base de la nueva ley, y si bien presenta una estructura similar al Mensaje, incorporó mejoras sustanciales al mismo.

La Ley 20.322 trae una serie de novedades, siendo la más importante a nuestro juicio, la independencia de los tribunales tributarios y aduaneros en la primera instancia. Sin embargo, cabe señalar que esta cuestión sigue siendo discutida, debido a que estos tribunales especiales no forman parte del Poder Judicial, aun cuando están sujetos a la facultad disciplinaria y correccional de la Corte Suprema. Por otro lado, se crean salas especializadas en las distintas Cortes de Apelaciones.

La nueva ley trae otra serie de cambios relevantes, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes: a) se crea una Unidad Administradora, que es como el Gerente de los nuevos Tribunales Tributarios y Aduaneros; b) se crea un recurso de amparo tributario, que viene a reemplazar el recurso de protección en materia tributaria; c) se establece la obligación de comparecer con abogado patrocinante, en determinados procedimientos; y d) la apreciación de la prueba, en el procedimiento general de reclamos, se cambia de la prueba legal o tasada al sistema de la sana crítica. La nueva ley tiene una entrada gradual en el tiempo, de cuatro años, y estará vigente en la Región Metropolitana el año 2013.

Si bien, a nuestro juicio, la reforma procesal tributaria comentada requiere algunos perfeccionamientos procesales, consideramos que constituye un paso histórico dentro de la consolidación de nuestro Estado de Derecho.

IV. Materias no referidas anteriormente

A continuación, trataremos por descarte las materias que, a nuestro juicio, no califican perfectamente dentro de las categorías anteriores, por un tema de presentación didáctica.

1. Otorgamiento de subsidios o fomentos

1.1. Beneficio por la adquisición o construcción de viviendas.

La Ley 19.753, publicada en el Diario Oficial el 28 de septiembre del año 2001, mediante el N° 5 de su artículo único incorporó a la Ley de Impuesto a la Renta un nuevo artículo signado como artículo 55 bis, a través del cual se establece que los contribuyentes personas naturales afectos al Impuesto Único de Se-

gunda Categoría o Global Complementario, establecidos en los artículo 43 N° 1 y 52 de dicha norma legal, podrán rebajar de las bases imponibles anuales de dichos tributos los intereses que efectivamente hayan pagado durante el año calendario, al cual correspondan las rentas que declaren, provenientes de créditos con garantía hipotecaria, destinados a adquirir o construir una o más viviendas, o provenientes de créditos de igual naturaleza, destinados a pagar los créditos antes mencionados.

Además, el artículo 3° transitorio de la Ley 19.753 establece que el contribuyente que a la fecha de publicación de dicho texto legal estuviere acogido al beneficio de la Ley 19.622, a que nos hemos referido precedentemente, sólo podría acceder a los beneficios del nuevo artículo 55 bis renunciando a la franquicia anterior, para lo cual debía presentar una declaración jurada, ante el Servicio de Impuestos Internos, hasta el 30 de abril del año 2002, quedando en este caso acogido exclusivamente a los beneficios del artículo 55 bis, por los intereses pagados a contar del 1 de enero del año 2001. Además, los contribuyentes que hubiesen adquirido en comunidad una vivienda, financiados con crédito con garantía hipotecaria, otorgado a más de uno de los comuneros, con anterioridad a la fecha de la publicación de la ley, debían señalar al Servicio de Impuestos Internos, mediante una declaración jurada, hasta el 30 de abril del año 2002, cuál de los comuneros se acogería al beneficio del artículo 55 bis.

Esta rebaja puede hacerse efectiva solo por un contribuyente persona natural, por cada vivienda adquirida, con un crédito con garantía hipotecaria y en el caso que esta se hubiere adquirido en comunidad, se debe dejar constancia en la escritura pública respectiva la individualización del comunero que hará uso de la franquicia. El interés máximo deducible por contribuyente lo constituye la cantidad menor entre 8 unidades tributarias anuales y el interés efectivamente pagado. La rebaja será por el total del interés deducible, en el caso en que la renta bruta anual sea inferior al equivalente de 90 unidades tributarias anuales y no procederá en el caso en que esta sea superior a 150 unidades tributarias anuales. Cuando dicha renta sea igual o superior a 90 unidades tributarias anuales e inferior a 150 unidades tributarias anuales, el monto de los intereses a bajar se determinará multiplicando el interés deducible por el resultado, que se considerará como porcentaje de la resta entre 250 y la cantidad que resulte de multiplicar el factor 1,667 por la renta bruta anual del contribuyente, expresada en unidades tributarias anuales.

Nos parece que este tipo de beneficios o subsidios directos son muy eficientes para ayudar a la población y de baja o nula tramitación por parte de terceros, cuestión que los valida como una herramienta muy poderosa para la distribución del gasto social. En consecuencia, esta rebaja impositiva se debería hacer

extensiva a otra serie de necesidades esenciales de las personas, como por ejemplo la educación, cuyos incentivos tributarios están dados exclusivamente en favor de las empresas, por ejemplo, en la forma regulada por el artículo 31 N° 6 bis de la Ley de Impuesto a la Renta, que comentaremos más adelante, y en la conocida franquicia de capacitación empresarial. Este descuento personal podría establecer un beneficio diferenciado, según el tipo de educación. En todo caso, estimamos que necesariamente debe incluir los pagos efectuados en clases regulares de otros idiomas, cuestión que es esencial para insertar a Chile en un mundo globalizado.

Finalmente, cabe comentar que esta ley, que introduce una norma de carácter permanente en nuestro ordenamiento jurídico tributario, recoge la experiencia que se tuvo con la Ley 19.622, del año 1999, que fomentó la adquisición de viviendas nuevas acogidas a las normas de los DFL N° 2, pero solo en forma transitoria.

1.2. Beneficio a favor de las empresas de transporte.

Con fecha 19 de octubre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.764, la cual estableció que las empresas de transporte de pasajeros que sean propietarias o arrendatarias con opción de compra de buses, que presten servicios de transporte público rural, interurbano o internacional, podrán recuperar un porcentaje de las sumas pagadas, desde el 20 de octubre del año 2001, por dichos vehículos, por concepto de peajes, en las correspondientes plazas interurbanas concesionadas, así como también las empresas de transporte de carga que sean propietarias o arrendatarias con opción de compra, de camiones de un peso bruto vehicular igual o superior a 3.860 kilogramos, podrán recuperar un porcentaje del impuesto específico al petróleo diesel, por la adquisición de combustible efectuada a contar de la misma fecha.

Para los meses de octubre a diciembre del año 2001 el porcentaje a aplicar sobre el monto de los peajes fue de 28%, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2002, de 14%, y a partir del 1 de enero del 2003, de 20%. En todo caso, a partir del 1 de enero del año 2004, solo tienen derecho al beneficio los contribuyentes que incorporen sus vehículos al sistema de cobro electrónico de peajes, debidamente normado por el Ministerio de Obras Públicas. Para hacer uso de estas recuperaciones, los transportistas de pasajeros deberán declarar el valor a recuperar en su formulario 29, dicho monto será imputado a los pagos provisionales obligatorios de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Para las empresas de transporte de carga, durante los meses de octubre a diciembre del año 2001, el porcentaje aplicado sobre el monto del impuesto específico al petróleo fue de 30%; entre el 1 de enero y 31 de diciembre de

2002, un 10%; entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2003, un 20%, y a partir del 1 de enero del 2004, un 25%. Al igual que en el caso anterior, a contar del 1 de enero del año 2004 solo tienen derecho a este beneficio las empresas de transporte de carga que incorporen sus vehículos al sistema de cobro electrónico de peajes.

1.3. Para la recuperación del bosque nativo y fomento forestal.

Con fecha 30 de julio del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.283, mediante la cual se establece una normativa especial destinada a protección, recuperación y mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental, en el tiempo. El artículo 22 de la ley establece un Fondo Concursable, destinado a los fines antes indicados, a través del cual se otorga una bonificación destinada a ayudar a solventar el costo de las actividades comprendidas en las distintas letras de dicho artículo. Los recursos del fondo se adjudican por concurso público.

Por su parte, el artículo 35 de la ley establece que el beneficio a que se refiere el artículo 22, percibido o devengado, se considera como un ingreso diferido en el pasivo circulante y no constituirá renta para ningún efecto legal, hasta el momento en que se efectúe la corta de cosecha o venta del bosque que originó la bonificación, oportunidad en que se amortizará, abonándola al costo de explotación, a medida y en la proporción en que esta o la venta del bosque se realicen. Los incisos tercero y cuarto de este artículo señalan que la utilidad derivada de la explotación de bosques nativos, obtenida por personas naturales o jurídicas, estará afectada al impuesto general de la Ley sobre Impuesto a la Renta, pero las personas que exploten bosques por los cuales no se encuentren acogidos a los beneficios establecidos en el Decreto Ley 701, de 1974, y en la Ley 20.283, deberán declarar la renta efectiva o presunta, conforme con las reglas generales, con excepción del límite de ventas netas anuales, el cual respecto de los productos forestales provenientes del bosque será de 24.000 unidades tributarias mensuales, considerando las ventas en forma acumulada en un período móvil de tres años. Conforme con lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 35, los bosques nativos de que trata la ley estarán exentos del impuesto territorial que grava los terrenos agrícolas y no deberán ser considerados para los efectos de la aplicación de la Ley de Impuesto de Herencias y Donaciones.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 50 de la Ley 20.283 señala que la bonificación que ella establece es incompatible con la otorgada en virtud del Decreto Ley 701, de 1974, y sus modificaciones posteriores.

2. Aclaraciones y entuentos

2.1. Artículo 18 ter Ley de Impuesto a la Renta.

Con fecha 25 de abril del año 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.801, la cual mediante su artículo único intercala en el inciso primero del artículo 18 ter de la Ley de Impuesto a la Renta, a continuación de la expresión "ley", la primera vez que aparece, entre comas, los vocablos "ni se declarará", con el claro propósito de dejar establecido en la propia norma legal que se modifica, que el mayor valor obtenido en la enajenación de las acciones y cuotas de fondos de inversión a que se refiere dicha disposición, no se declarará en la base imponible de ningún otro tributo de la referida ley, y especialmente en la renta bruta global del Impuesto Global Complementario, para los fines señalados en el N° 3 del artículo 54 de la ley antes citada.

Cabe señalar que esta modificación se hizo necesaria como consecuencia de la discusión que se generó para la declaración de la renta del año tributario 2003, puesto que, de acuerdo con la interpretación del Servicio de Impuestos Internos, el mayor valor obtenido en la enajenación de estos instrumentos constituía una renta exenta y por tanto debía incorporarse a la base del impuesto global complementario, en dicha calidad, para los efectos de determinar su progresividad. Esta controversia debió ser resuelta por el legislador, de tal forma que el mayor valor sea considerado un ingreso no tributable. En tal virtud, el artículo transitorio de la Ley 19.801 estableció que la vigencia de la nueva norma será la misma que la vigencia del artículo 18 ter que modifica.

2.2. Requisito de la Ley 19.738 para aprovechar el crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Como comentamos anteriormente, con el objeto de tratar de ayudar a las empresas pequeñas y medianas, con fecha 19 de junio de 2001, se modificó el artículo 23 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, por el artículo 5° letra b) de la Ley 19.738, pero esta medida generó tal falta de liquidez en el mercado, que debió ser suspendida, casi un mes después. En efecto, la Ley 19.747, de fecha 28 de julio del año 2001, suspendió su aplicación hasta el 31 de diciembre del año 2002, para posteriormente y en definitiva ser derogada por el artículo 2° de la Ley 19.840, publicada en el Diario Oficial de fecha 23 de noviembre del año 2002.

Si bien la intención del legislador es rescatable, apoyar a las PYMES, se demostró que el mecanismo utilizado no era el correcto, puesto que, además del colapso financiero que generó, afectaba las relaciones contractuales de las partes. Una forma de lograr el mismo objetivo podría consistir en señalar que en la medida que el beneficiario del hecho gravado con IVA no haya pagado

al vendedor o prestador de servicio al menos el impuesto recargado en la operación, éste no estará obligado a enterarlo en arcas fiscales. De esta forma, sería el Estado quien sacrifica parte de sus flujos presentes en beneficio de este objetivo. En el evento que no se quiera hacer efectiva esta franquicia en favor de todos los contribuyentes de IVA, se podría restringir el beneficio solo para aquellos pequeños y medianos contribuyentes que requieren un mayor apoyo para el desarrollo de sus actividades. Otra alternativa más simple aún, es que se aplique el cambio del sujeto de IVA, en caso de operar con una PYME, de tal forma que sea el comprador el que está obligado a retener el impuesto y de esta manera en el mismo mes que paga el IVA tendrá derecho a utilizarlo como crédito fiscal.

2.3. Tasas y vigencia del Impuesto de Timbres y Estampillas.

Con fecha 2 de mayo del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.263, en cuyo artículo 7° se interpreta la Ley 20.259, de fecha 25 de marzo del año 2008, en el sentido de que, a contar de la fecha de su publicación, las tasas proporcionales que establecen los artículos 1° N° 3), 2°, y 3° del Decreto Ley 3.475, de 1980, son y han sido de 0,1% por cada mes o fracción de mes, con una tasa máxima de 1,2%, respecto de aquellos documentos u operaciones con plazo de vencimiento, y de 0,5%, respecto de aquellos documentos a la vista o sin plazo de vencimiento. La norma agrega que dichas tasas son y han sido aplicables respecto de los documentos y operaciones que se emitan, suscriban, otorguen, prorroguen, renueven, o, en general, cuyos impuestos se devenguen a contar del 25 de marzo de 2008. Asimismo, se reemplazó en los números 1), 2) y 3) del artículo único de la Ley 20.130, a contar de la fecha de publicación de la Ley 20.259, la frase "1 de enero del año 2009", por "25 de marzo de 2008".

Como se puede apreciar, esta norma viene a enmendar el error legislativo incurrido en la Ley 20.259, en la forma antes expuesta, cuestión que demuestra una mala técnica legislativa, que es producto, muchas veces, de la falta de tiempo en su tramitación, por la urgencia que le coloca el Ejecutivo al proyecto de ley o simplemente por la falta de precisión y rigor jurídico del legislador.

3. Regularización y mejora de disposiciones tributarias de una ley anterior

3.1. Artículo 18 bis LIR.

La Ley 19.768, publicada en el Diario Oficial de fecha 7 de noviembre de 2001, introdujo dos cambios al artículo 18 bis de la Ley de Impuesto a la Renta: a) incorporó como bienes susceptibles de acceder a la franquicia allí establecida a los otros títulos de oferta pública representativos de deudas; y b) dejó expre-

samente establecido que los Fondos de Inversión de Capital Extranjero (FICE), regulados por la Ley 18.657, gozan de la exención de impuesto que establece dicha norma legal, cuando los tenedores de cuotas de dichos fondos sean a su vez inversionistas institucionales locales.

3.2. Becas de estudio.

La Ley 19.721, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de mayo del año 2001, mediante su artículo 3° intercaló después del N° 6 del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, un nuevo número consignado como "6 bis", a través del cual se fija el tratamiento que tendrán las becas de estudio que las empresas paguen a los hijos de sus trabajadores.

Hasta antes de la dictación de esta ley, la norma tributaria solo señalaba que la beca de estudio constituía para su beneficiario un ingreso no renta, pero no existía una regulación legal expresa acerca de su aceptación como gasto para quien la pagaba, específicamente si se trataba de una empresa con contabilidad completa. Caso en el cual se debían cumplir los requisitos comunes a todo gasto aceptado, que sea pagado o adeudado, que sea del ejercicio, que se acredite fehacientemente al Servicio de Impuestos Internos y que sea necesario para producir la renta. Este último requisito es el que más ha generado controversia, puesto que no estaba claro si pagar una beca de estudio a los hijos de los trabajadores era necesario para producir la renta del empleador.

El problema se suscitó debido a que el Servicio de Impuestos Internos, en agosto del año 1999, cambió el criterio sostenido en sus instrucciones anteriores, no aceptando a contar de esa fecha como gasto las becas de estudio pagadas por las empresas a los hijos de sus trabajadores. Ello generó gran molestia, especialmente por los reclamos de los sindicatos, quienes tenían incorporado dentro de sus contratos colectivos este tipo de beneficios. Luego de mucho presionar al Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos de la época, se postergó la entrada en vigencia del nuevo criterio interpretativo de la administración, hasta el 1 de enero del año 2000, para finalmente lograrse un cambio legislativo, con la dictación de la Ley 19.721, que estamos comentado, cuyas disposiciones entraron en vigencia retroactiva el 1 de enero de 2000, por las razones antes explicadas.

En síntesis, la norma establece que las becas de estudio otorgadas a los hijos de los trabajadores constituyen un gasto aceptado para efectos tributarios, siempre y cuando sean entregadas con criterios de carácter general y uniforme, principio de la universalidad en materia de seguridad social, aplicables a todos los trabajadores de la empresa, tales como, el número de cargas de familia que puedan tener cada uno de ellos. En todo caso, el monto aceptado como gasto, por cada

hijo becado, no puede exceder en cada ejercicio de 1,5 unidades tributarias anuales, cuando estudia en un establecimiento de educación básica, media o técnico profesional y de 5,5 unidades tributarias anuales, cuando estudia en un establecimiento de educación superior y copulativamente se pacte su pago con el empleador, en un contrato o convenio colectivo de trabajo.

3.3. Beneficio para la adquisición de una vivienda nueva.

Con fecha 7 de noviembre del año 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.768, la cual mediante su artículo 6° modificó el artículo 2° de la Ley 19.622, de 1999, con el fin de precisar mejor el número de cuotas pagadas por concepto de dividendos hipotecarios que los contribuyentes acogidos a la franquicia tributaria que establece dicho texto legal pueden rebajar cada año tributario. La nueva norma precisó que las cuotas pagadas no podrán ser superiores a doce en un año, salvo que se trate de cuotas pagadas con retraso de hasta doce meses.

Con fecha 23 de noviembre del año 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.840, la cual mediante su artículo 4° agrega un inciso final al artículo 1° de la Ley 19.622, de 1999, en el sentido de que los contribuyentes acogidos a la franquicia tributaria que establece dicha ley también tendrán derecho al referido beneficio respecto de la cuotas que paguen en cumplimiento de nuevas obligaciones con garantía hipotecaria que se hubieran contraído para pagar créditos acogidos al beneficio tributario que contiene la mencionada ley y siempre que los documentos que dan cuenta del nuevo crédito estén exentos del Impuesto de Timbres y Estampillas, establecido en el Decreto Ley 3.475, de 1980. Además, en su artículo 3° transitorio establece un nuevo plazo, 31 de marzo de 2003, para que los contribuyentes acogidos o que se acojan a la franquicia tributaria que establece el artículo 55 bis de la Ley de Impuesto a la Renta presenten la declaración jurada cediendo el derecho de usar tal beneficio a uno de los comuneros deudores, cuando la vivienda hubiese sido adquirida en comunidad.

3.4. Modificaciones introducidas al artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Las Leyes 19.738 y 19768, de fecha 19 de junio y 7 de noviembre de 2001, respectivamente, establecieron nuevas condiciones y requisitos para la aplicación del impuesto adicional a los intereses pagados al exterior y asimismo contempla nuevas exigencias para invocar la exención de dicho tributo. En efecto, se modifica la letra b) del N° 1 del artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta, en virtud de lo cual no se gravarán con impuesto a la renta los intereses provenientes de los créditos otorgados desde el exterior, por instituciones

bancarias o financieras extranjeras o internacionales, cuando el deudor sea una institución financiera constituida en el país y siempre que ésta hubiese utilizado dichos recursos para otorgar un crédito al exterior. Para éstos efectos se deberá informar al Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que este señale, el total de los créditos otorgados al exterior con cargo a los recursos obtenidos mediante los créditos a que se refiere esta disposición.

Adicionalmente, se modifica el inciso 3° del N° 2 del artículo 59 de la Ley de Impuesto la Renta, para eximir del impuesto adicional a las primas provenientes de fianzas, seguros y reaseguros que garanticen el pago de las obligaciones por los créditos o derechos de terceros, derivados del financiamiento de las obras o por la emisión de títulos de deuda, relacionadas con dicho financiamiento, de las empresas concesionarias de obras públicas a que se refiere el Decreto Supremo 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo Ministerio, Ley de Concesiones de Obras Públicas, de las empresas portuarias creadas en virtud de la Ley 19.542 y de las empresas titulares de concesiones portuarias a que se refiere la misma ley.

3.5. Nueva exención del Impuesto de Timbres y Estampillas.

Con fecha 23 de noviembre de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.840, cuyo artículo 3° agrega al artículo 24 del Decreto Ley 3.475, de fecha 1980, un nuevo número 17.

En virtud de lo anterior, los documentos que se emitan o suscriban con motivo del otorgamiento de un préstamo con garantía hipotecaria a personas naturales, o préstamos de enlaces que se otorguen mientras se perfecciona la operación hipotecaria definitiva, que estén destinados exclusivamente a pagar préstamos de igual naturaleza que se hubieren utilizado en la adquisición, construcción o ampliación de una vivienda, quedan exentos del impuesto de timbres y estampillas. En todo caso, para acceder a la franquicia se deben reunir los demás requisitos que establece la referida norma.

3.6. Impuesto adicional de tasa 4%.

Con fecha 24 de junio del año 2003 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.879, la cual mediante su artículo 1° incorporó una serie de modificaciones al N° 1 del inciso cuarto del artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta, que se refieren a adecuar el texto de las referidas normas con el fin de facilitar el cumplimiento de lo que ellas establecen.

Las normas en cuestión se refieren, por ejemplo, a la forma de determinar el

concepto de patrimonio, base sobre la cual se calcula el elemento cuantitativo del hecho gravado antielusivo que estableció el legislador tributario como una forma de impedir o evitar la "subcapitalización" a que nos hemos referido anteriormente. Es interesante destacar la medida antielusiva empleada en el inciso tercero letra a) párrafo final del artículo 59 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, que señala: "En todo caso, en la determinación del patrimonio de una sociedad o empresa se deducirá aquella parte que corresponda a la participación o haberes de sociedades de las cuales la primera es coligada o filial, en la proporción en que dicha participación se haya financiado con créditos externos sujetos a la tasa del impuesto de 4% establecida en este artículo". De esta forma, el legislador tributario está cautelando que no se utilice dos veces el mismo patrimonio para acceder a la franquicia del 4% de impuesto adicional, resguardando la finalidad de la norma de control que contiene la ley.

3.7. Nuevo artículo transitorio, Ley Impuesto Específico a la Actividad Minera.

Con fecha 8 de abril del año 2006 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.026, la cual mediante su artículo único incorpora un nuevo artículo transitorio signado como artículo 8°, tendiente a reglamentar la aplicación de este impuesto, en el caso de inversionistas extranjeros acogidos a las normas del Decreto Ley 600, de 1974, cuando alguno de ellos ha renunciado a los derechos o garantías tributarias que contiene el texto legal precitado y otros inversionistas han mantenido tales prerrogativas.

Esta situación ha sido regulada administrativamente mediante Circular N° 34 emitida por el Servicio de Impuestos Internos, con fecha 20 de junio del año 2006.

3.8. Rescate de fondos mutuos.

Con fecha 5 de julio del año 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.190, la cual, entre otras modificaciones, cambia el tratamiento tributario del rescate de cuotas de fondos mutuos, establecido en el artículo 18 quáter de la Ley de Impuesto a la Renta. En efecto, a contar de la entrada en vigencia de la reforma, no se considera rescate la liquidación de las cuotas de un fondo mutuo que haga un partícipe para reinvertir su producto en otro fondo mutuo, ya sea de la misma sociedad administradora o de otra sociedad administradora, siempre y cuando no sea de los descritos en el inciso cuarto del artículo 18 ter, y se cumplan con las formalidades que exige la ley y las menciones mínimas que exige el Servicio de Impuestos Internos, mediante Resolución Exenta 136, de fecha 9 de noviembre del año 2007.

Cabe comentar que la reforma que aún está pendiente, tratándose de la inver-

sión en fondos mutuos, es eximir del pago del impuesto a la renta, a la ganancia de capital que genera el mayor valor del rescate de la cuota. Esto permitirá equiparar el tratamiento de este instrumento financiero con el tratamiento tributario del mayor valor obtenido en la venta de distinto tipo de acciones y bonos. Al respecto, se debe recordar que las cuotas de los fondos de inversión se asimilan al tratamiento de las acciones.

3.9. Regímenes patrimoniales del matrimonio.

Con fecha 17 de noviembre de 1994 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.347, mediante la cual se agregó un N° 30 al artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, con el objeto de que aquella 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, sea considerado un ingreso no renta.

Con fecha 8 de febrero de 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.239, mediante la cual se agregó un nuevo N° 31 al artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, estableciendo el tratamiento tributario de las compensaciones económicas que se paguen a los cónyuges en virtud de las disposiciones de la Ley 19.947, del año 2003, sobre Nueva Ley de Matrimonio Civil. En dicho número se establece que las compensaciones económicas convenidas por los cónyuges en escritura pública, acta de avenimiento o transacción, y aquellas decretadas por sentencia judicial tienen el carácter de ingreso no renta.

Esta norma, en conformidad al artículo 2° de la ley, tiene efecto retroactivo a contar de la fecha de vigencia de la Ley 19.947, es decir, el 17 de noviembre del año 2004. Ello implica que aquellos contribuyentes que pagaron impuestos por compensaciones económicas ocurridas con anterioridad a la publicación de esta ley, tendrán derecho a pedir devolución de los impuestos pagados en exceso, para lo cual la misma ley ha fijado un plazo de caducidad de tres años, contados desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, esto es, a partir del 8 de febrero del año 2008.

3.10. Ahorro Previsional Voluntario Colectivo (APVC).

Con fecha 17 de marzo del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.255, la cual mediante su artículo 92 introduce una serie de modificaciones a los artículos 42 bis, 42 ter y 50 de la Ley de Impuesto a la Renta. Por otra parte, la nueva ley incorpora nuevos artículo al Decreto Ley 3.500, y algunas modificaciones a los artículos existentes de dicho texto legal.

La modificación que en esta oportunidad queremos destacar es el APVC, que

consiste en un contrato de ahorro suscrito entre un empleador por sí y en representación de sus trabajadores, y una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) o institución autorizada por la Superintendencia del ramo, con el objeto de incrementar los recursos previsionales de los trabajadores, para que puedan mejorar sus planes de jubilación. El empleador puede ofrecer a todos y cada uno de sus trabajadores la adhesión a uno o más contratos de APVC. Los contratos deberán ser obligatorios e igualitarios para todos los trabajadores adheridos. Para este ahorro se contempla un aporte mixto del empleador y del trabajador y también se otorga una bonificación estatal, contemplada en el nuevo artículo 20 O del Decreto Ley 3.500. Los aportes se depositan en una cuenta individual, en la cual se registran en forma separada los aportes del empleador y del trabajador, siendo de propiedad de este último los aportes efectuados por el empleador, una vez que se cumplan las condiciones pactadas en el contrato de adhesión, como por ejemplo, una permanencia mínima en la empresa, o bien se ponga término a su relación laboral en virtud de lo dispuesto en el artículo 161 del Código del Trabajo. Dentro de las novedades tributarias, el aporte del empleador constituye un gasto aceptado para producir la renta de la empresa, el cual puede reversarse en el evento de que el trabajador no tenga derecho a incorporar estos fondos a su propiedad. Las rentas que generen los planes de ahorro previsional voluntario colectivo no están afectas a impuesto a la renta mientras no sean retiradas.

Esta norma vino a recoger incompletamente lo que en el derecho norteamericano se conoce como los planes de pensiones privados 401k. Destacamos que faltó perfeccionar este instrumento, como un mecanismo de incentivo o retención de ejecutivos jóvenes y de salida o plan de retiro de los ejecutivos más antiguos. Ello supone haber aprovechado esta oportunidad para, por ejemplo, haber imputado las indemnizaciones por años de servicio pactadas con los ejecutivos, al plan de ahorro previsional colectivo de ellos, de tal forma de que, constituya una herramienta para la política de recursos humanos de las empresas. La mencionada reforma, en cambio, apuntó exclusivamente a la masa de los trabajadores.

Por otra parte, somos de la opinión que el sistema de ahorro previsional voluntario en general presenta deficiencias, puesto que, por ejemplo, si bien tiene la debida flexibilidad para retirar los fondos ahorrados, en caso de que el contribuyente o afiliado sufra una contingencia laboral o previsional, se le aplica el impuesto único que contempla el inciso segundo del N° 3 del artículo 42 bis de la Ley de Impuesto a la Renta. A nuestro juicio esta situación debe ser modificada.

3.11. Impuesto Territorial.

Con fecha 4 de julio del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.280, mediante la cual se introducen diferentes modificaciones a la Ley 17.235, de 1969, sobre Impuesto Territorial. Entre otras modificaciones, se reguló la sobretasa del 100% en caso de sitios eriazos, por ejemplo, se eximió de esta, en caso de siniestros, durante 10 años a contar de la fecha del mismo. Además, se dejó expresamente establecido que se excluyen de la tasa los sitios ubicados en zonas rurales y en zonas de extensiones urbanas o urbanizables. Por otra parte, en el caso de sitios no edificados, esta sobretasa rige a contar del año subsiguiente a la fecha de la recepción municipal definitiva, total o parcial, de las respectivas obras de urbanización y en el caso de proyectos de subdivisión o loteos, de una superficie superior a 50 hectáreas, la sobretasa se aplicará a los sitios resultantes de la subdivisión o loteo, transcurrido el plazo de 10 años, contados de la fecha de la recepción definitiva, total o parcial, de dichas obras de urbanización.

3.12. Modifica Ley 19.885 Materia de Donaciones con Beneficios Tributarios.

Con fecha 9 de enero del año 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.316, mediante la cual se hacen varias modificaciones a la citada ley. Entre otras modificaciones, podemos mencionar las siguientes: a) se establecen las siguientes normas de control: las donaciones no pueden efectuarse a instituciones en cuyo directorio participe el donante, en caso que el donante sea una persona jurídica, no podrá efectuar donaciones a instituciones en cuyo directorio participen sus socios o directores o los accionistas que posean el 10% o más del capital, salvo que el Consejo de Administración de la ley los exima de esta condición; y b) no tendrán derecho al crédito tributario las donaciones realizadas por candidatos a cargo de elección popular, a instituciones que efectúen su labor en los territorios donde hubiesen presentado sus candidaturas, dentro del plazo establecido en la ley, ni tampoco las efectuadas dentro de dicho período a instituciones en cuyo directorio participen dichos candidatos, ni las efectuadas por personas jurídicas donantes, en cuyos directorios participen los señalados candidatos.

Por otra parte, cabe señalar que en caso de que se utilice el crédito de donaciones en forma indebida, por apartarse de los fines de la donación comprendidos en el proyecto respectivo o se realice un proyecto distinto, se deberá pagar al Fisco el crédito utilizado por el donante. Asimismo, los administradores o representantes del donatario serán solidariamente responsables del pago de dicho tributo y de los reajustes, intereses y multas que se determinen, a menos que demuestren haberse opuesto a los actos que dan motivo a la sanción o que no tuvieron conocimiento de ella.

Dentro de las novedades de la ley, se incorpora un nuevo artículo 1° bis,

mediante el cual se faculta a los contribuyentes de Global Complementario para hacer uso de esta franquicia, distinguiéndose entre los contribuyentes que determinan su renta en base a gasto efectivo y presunto, conforme con lo prescrito en el artículo 50 de la Ley de Impuesto a la Renta. Además, en el inciso segundo se agrega un inciso final, mediante el cual se crea un Libro de Donaciones, para cautelar el uso de las mismas. Por otra parte, se modifica el polémico artículo 10, que establece el "límite global absoluto" de las donaciones que regula dicho artículo, subiendo este límite de un 4,5% a un 5% de la renta líquida imponible del donante, considerando para ello tanto la situación en las que se usa la donación como crédito o como gasto. El donante que sea un contribuyente de Primera Categoría podrá efectuar donaciones irrevocables de largo plazo, superiores a 4 años, en favor de las instituciones señaladas en el artículo 2° o al fondo mixto establecido en el artículo 3°, hasta por el equivalente a un 1,6 por mil de su capital propio tributario, con un máximo de 14.000 unidades tributarias mensuales, cualquiera sea su renta imponible del ejercicio respectivo o incluso cuando tenga pérdidas tributarias. Con todo, si en alguno de los ejercicios correspondientes a la duración de la donación, el contribuyente registra una renta líquida imponible tal que el 5% de ella sea inferior al monto de las cuotas de dicha donación que han vencido y han sido pagadas en el ejercicio, el contribuyente no tendrá derecho al crédito del artículo 1° por las cuotas indicadas, pero puede deducirlas totalmente como gasto aceptado.

En el caso del Impuesto Global Complementario, el "límite global absoluto" se fijó en el equivalente al 20% de la renta imponible o 320 unidades tributarias mensuales, si este monto fuere inferior a dicho porcentaje. En todo caso, las donaciones que exceden dicho límite quedarán igualmente liberadas del trámite de la insinuación.

Finalmente, cabe comentar que se modifica el artículo 11 de la ley, relativo a las contraprestaciones, el cual establece una serie de normas de control para evitar las relaciones entre donante y donatario, eximiéndose de ellas si la contraprestación no supera el 10% del monto donado, pero con un máximo de 15 unidades tributarias mensuales en cada año.

V. Convenios de Doble Imposición

Chile, a partir de la década de los 90, se abrió al mundo, y como consecuencia de la celebración de los Tratados de Libre Comercio con distintos países, ha suscrito numerosos tratados para evitar la doble tributación. Cabe destacar que si bien tenemos un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, no tenemos un Convenio de Doble Imposición con dicho país, aun cuando sigue siendo uno de nuestros socios más importantes, entre otras razones, por la

existencia en nuestro ordenamiento jurídico del secreto bancario y la falta de una protección adecuada a la propiedad intelectual e industrial.

1. Aspectos Generales de los Convenios de Doble Imposición (CDI)

Los CDI persiguen dos objetivos fundamentales, el primero de ellos es evitar que una misma renta sea gravada dos veces, cuando por las características de la operación existen dos Estados que se atribuyen potestad tributaria sobre la misma renta; y el segundo, intercambiar información entre los Estados, con el objeto de prevenir la evasión y el fraude fiscal. Si bien existen distintos métodos para evitar la doble imposición, cabe mencionar que Chile sigue el modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que establece un crédito tributario, con la salvedad del primer tratado suscrito por Chile, que data del año 1986, y que se celebró con la República Argentina, el cual establece el sistema de la exención de impuestos, método que está actualmente en desuso.

2. Los Convenios de Doble Imposición celebrados en el decenio

2. 1. Protocolo Modificatorio con Argentina.

Con fecha 3 de abril del año 2001 se firmó un Protocolo Modificatorio del Convenio de Doble Imposición vigente desde el año 1986, entre Chile y Argentina, el cual fue publicado en el Diario Oficial de fecha 24 de octubre del año 2003. En el protocolo se sustituye el artículo 19 del Capítulo III del Convenio, que se refiere al Impuesto al Patrimonio, estableciendo que: "El patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante en el que su titular estuviere domiciliado".

Con esta nueva norma, se solucionó un grave problema que afectó a los inversionistas chilenos por sus inversiones en la República Argentina, puesto que antes de este protocolo debieron enfrentar el pago de un Impuesto sobre Bienes Personales de una tasa de un 0,5% sobre el valor de las acciones y participaciones que tenían en sociedades argentinas. Ese tributo grava a todas las personas naturales domiciliadas en Argentina o en el exterior, y a las personas jurídicas domiciliadas en el exterior, propietarias de acciones de sociedades argentinas, no existiendo la posibilidad de que los inversionistas chilenos se liberaran de su pago recurriendo a las disposiciones del Convenio para Evitar la Doble Tributación, por tratarse de una situación no contemplada en ese convenio.

El Protocolo vino a subsanar una discriminación en contra de los inversionistas

chilenos, que se generaba por la falta de regulación en el convenio vigente con Chile respecto del impuesto al patrimonio, a diferencia de los convenios suscritos por Argentina con otros países.

2.2. Convenios sujetos a un Crédito Tributario (*Tax Credit*).

Como ya mencionamos, todos los demás Convenios de Doble Imposición suscritos por Chile solucionan la doble tributación, otorgando un crédito al contribuyente, respecto a los impuestos a la renta pagados en el extranjero. A continuación enumeraremos los convenios actualmente vigentes:

2.2.1. *Convenio con Brasil.*

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el día 3 de abril de 2001 en Santiago y fue publicado en el Diario Oficial del 24 de octubre de 2003. El convenio entró en vigor el 24 de julio de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2004.

2.2.2. *Convenio con Canadá.*

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el día 21 de enero de 1998, en Santiago, y fue publicado en el Diario Oficial del 8 de febrero de 2000. El convenio entró en vigor el 28 de octubre de 1999 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2000.

2.2.3. *Convenio con Corea del Sur.*

El convenio, fue firmado por las autoridades competentes, el día 18 de abril de 2002, en Seúl, y fue publicado en el Diario Oficial del 20 de octubre de 2003. El convenio entró en vigor el 22 de julio de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2004.

2.2.4. *Convenio con Croacia.*

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 24 de junio de 2003, en Zagreb, y fue publicado en el Diario Oficial del 16 de febrero de 2005. El convenio entró en vigor el 21 de diciembre de 2004 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades



que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2005.

2.2.5. Convenio con Dinamarca.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 20 de septiembre de 2002, en Copenhague, y fue publicado en el Diario Oficial del 10 de febrero de 2005. El convenio entró en vigor el 21 de diciembre de 2004 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2005.

2.2.6. Convenio con Ecuador.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 26 de agosto de 1999, en Quito, y fue publicado en el Diario Oficial del 5 de enero de 2004. El convenio entró en vigor el 24 de octubre de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición, se contabilicen como gasto, así como al impuesto al patrimonio, a partir del 1 de enero de 2004.

2.2.7. Convenio con España.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el día 7 de julio de 2003, en Madrid, y fue publicado en el Diario Oficial del 24 de enero de 2004. El convenio entró en vigor el 22 de diciembre de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2004.

2.2.8. Convenio con Francia.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 7 de junio de 2004, en París, y fue publicado en el Diario Oficial del 14 de septiembre de 2006. El convenio entró en vigor internacional el 10 de julio de 2006 y se aplica con respecto a los impuestos que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto a partir del 1 de enero del año 2007.

2.2.9. Convenio con Irlanda.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 2 de junio de 2005, en Dublín, y publicado en el Diario Oficial del 28 de octubre de 2008. El convenio entró en vigor el 28 de agosto de 2008 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen,

abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2009.

2.2.10. Convenio con Malasia.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 3 de septiembre de 2004, en Santiago, y publicado en el Diario Oficial del 2 de octubre de 2008. El convenio entró en vigor el 25 de agosto de 2008 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2009.

2.2.11. Convenio con México.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el día 17 de abril de 1998, en Santiago, y fue publicado en el Diario Oficial del 08 de febrero del 2000. El convenio entró en vigor el 15 de noviembre de 1999 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2000.

2.2.12. Convenio con Noruega.

El presente convenio fue firmado por las autoridades competentes, el día 26 de octubre de 2001, en Santiago, y fue publicado en el Diario Oficial del 20 de octubre de 2003. El convenio entró en vigor el 22 de julio de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2004.

2.2.13. Convenio con Nueva Zelandia.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 10 de diciembre de 2003, en Wellington, y fue publicado en el Diario Oficial del 4 de septiembre de 2006. El convenio entró en vigor el 21 de junio de 2006 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2007.

2.2.14. Convenio con Paraguay.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 30 de agosto de 2005, en Santiago, y publicado en el Diario Oficial del 2 de octubre de 2008. El convenio entró en vigor el 26 de agosto de 2008 y se aplica con respecto

a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2009.

2.2.15. Convenio con Perú.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 8 de junio de 2001, en Santiago, y fue publicado en el Diario Oficial del 5 de enero de 2004. El convenio entró en vigor el 13 de noviembre de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición, se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2004.

Con fecha 25 de julio del año 2002 se firmó un protocolo modificadorio del convenio, con el objeto de incorporar el tratamiento tributario de los bienes inmuebles.

2.2.16. Convenio con Polonia.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 10 de marzo de 2000, en Santiago, y fue publicado en el Diario Oficial del 27 de marzo de 2004. El convenio entró en vigor el 30 de diciembre de 2003 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2004.

2.2.17. Convenio con Portugal.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 7 de julio de 2005, en Santiago, y publicado en el Diario Oficial del 28 de octubre de 2008. El convenio entró en vigor el 25 de agosto de 2008 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2009.

2.2.18. Convenio con Reino Unido.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 12 de Julio de 2003, en Londres, y fue publicado en el Diario Oficial del 16 de febrero de 2005. El convenio entró en vigor el 21 de diciembre de 2004 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero del año 2005.

2.2.19. Convenio con Suecia.

El convenio fue firmado por las autoridades competentes, el 4 de junio de 2004, en Estocolmo, y fue publicado en el Diario Oficial del 18 de abril de 2006. El convenio entró en vigor el 30 de diciembre de 2005 y se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2006.

Finalmente, cabe señalar que en los Convenios de Doble Imposición antes comentados, que se rigen por el modelo de la OCDE, se ha incorporado la denominada "Cláusula Chile", atendiendo al sistema de integración del Impuesto de Primera Categoría con los impuestos finales o personales, sirviendo el primero de crédito para el pago de los segundos. En virtud de lo anterior, la rebaja de tasas que establecen los convenios de doble imposición, respecto de los dividendos que distribuyan las empresas chilenas al exterior, no se aplican mientras nuestro país mantenga el sistema de integración antes referido.

Conclusiones

1. Durante estos últimos diez años, ha existido un arduo y prolífero trabajo legislativo en materia impositiva, utilizándose la herramienta tributaria como un instrumento de incentivo de las políticas económicas del gobierno, recogiendo, muchas veces acertadamente, el efecto económico de los impuestos. Ello sin perjuicio de que varias de estas buenas iniciativas no han surtido el efecto deseado, por la complejidad de su normativa y especialmente por las restricciones que ha establecido el legislador para acceder a los beneficios. Sin embargo, es notable el avance legislativo que ha existido en este último decenio, en lo que respecta a tributación internacional, no sólo por la suscripción de numerosos convenios para evitar la doble imposición, sino también por la normativa interna que aborda este tema.

2. Si bien han existido alzas en las tasas de los impuestos troncales de nuestro sistema tributario, Impuesto a la Renta e Impuesto al Valor Agregado, y se ha creado el Impuesto Específico a la Actividad Minera, también se han bajado las tasas marginales de los impuestos de las personas, con domicilio o residencia en Chile, Global Complementario e Impuesto Único al Trabajo, y de otros impuestos, aun cuando en estos últimos casos normalmente ha sido en forma transitoria. Como principio básico de estos cambios, se ha utilizado el sistema de las compensaciones, es decir, la rebaja de un impuesto implica la subida de otros, de tal forma de no alterar la recaudación fiscal y mantener el equilibrio en las cuentas del Estado.

3. Por las características que presenta la legislación tributaria, y en especial por

ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, muchas veces se han presentado reformas tributarias trabajadas confidencialmente, y a las cuales les falta un debate de carácter técnico. Este debate normalmente no se da en la Cámara Política y a veces tampoco es posible llevarlo a cabo en el Senado, debido a la urgencia que le coloca al proyecto de ley tributaria el Ejecutivo. Por otra parte, también es criticable que el Mensaje del Presidente, muchas veces, no se condice con el contenido del proyecto, y más bien parece una justificación política del mismo. Además, debería revisarse el quórum para aprobar las leyes tributarias, puesto que una materia de esta envergadura, que afecta el patrimonio de las personas, debería tener un mayor apoyo por parte de los representantes de la ciudadanía.

4. A nuestro juicio, existe una falta de difusión de las reformas tributarias, en forma simple y a través de los canales adecuados, para que llegue a las personas a las cuales va dirigida. En este sentido, estimamos importante estudiar la creación de la institución del Defensor del Contribuyente, organismo que debería participar en todas las reformas tributarias, mediante una consulta obligatoria, defendiendo los intereses de los ciudadanos. Asimismo, debería estar a cargo de la difusión y capacitación de las reformas, para hacerlas más asequibles a la gente. Este mismo organismo debería apoyar con el privilegio de pobreza a las PYMES y demás personas que lo requieran, en los conflictos tributarios que tengan con la Administración.

5. La mayoría de los cambios legislativos son de carácter aislado, ya que han existido pocas reformas tributarias integrales y estas solo han sido radicadas en áreas impositivas determinadas, como por ejemplo la tributación internacional. Por esta razón, hay mucha legislación tributaria dispersa y a veces contradictoria entre sí, lo que hace aun más complicado su entendimiento y aplicación. A modo de ejemplo, podemos señalar lo que sucede respecto de las normas antielusivas, al tratamiento tributario de las donaciones y al tratamiento tributario de las reorganizaciones empresariales. Es urgente una codificación tributaria que sistematice, simplifique, agrupe por materias, elimine contradicciones, y en definitiva haga coherente y lógico el sistema tributario chileno. Además, necesitamos una reforma integral del sistema tributario, que potencie el crecimiento del país, en el mediano y largo plazo, y no seguir dictando medidas transitorias para paliar contingencias de corto alcance.

6. Finalmente, es importante destacar la dictación de la Ley 20.322, mediante la cual se crean los Tribunales Tributarios y Aduaneros, con la cual se extingue la deuda que existía con el Estado de Derecho en nuestro país y que también era una necesidad, para potenciarnos dentro de la comunidad internacional, a la cual Chile se ha integrado activamente en estos últimos diez años. En efecto, la falta de independencia de los tribunales tributarios y aduaneros en

la primera instancia, y en la primera y segunda, según corresponde, atentaba contra la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la cual ha sido incorporada al ordenamiento jurídico chileno, mediante el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política del Estado. Si bien esta ley tiene una vigencia gradual de 4 años y requerirá de una serie de modificaciones en el tiempo, no cabe duda que constituye una de las modificaciones tributarias más relevantes del último decenio.

Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes.

Francisco Pfeffer Urquiaga

Director del Departamento de Derecho de la Empresa
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Con motivo de la celebración de los 10 años de ininterrumpida publicación de la revista "Actualidad Jurídica", se nos ha invitado a realizar un breve comentario sobre las principales reformas legales aprobadas en el decenio 1999-2009 y que inciden en la regulación de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Es nuestra opinión que en este ámbito el comentario debe necesariamente referirse a los siguientes tópicos. (i) Perfeccionamiento de normas sobre gobiernos corporativos y nuevas regulaciones sobre cambios de control (Ley N° 19.705, de diciembre del año 2000); (ii) Sucesivos perfeccionamientos y modernizaciones de las normas que regulan el funcionamiento del mercado de capitales (que se coronan con la Ley N° 20.190, de mayo del año 2007); (iii) Nueva institucionalidad de defensa de la libre competencia (Ley N° 19.911, de noviembre del año 2003); y (IV) Desafíos pendientes.

I. Perfeccionamiento de normas sobre gobiernos corporativos y nuevas regulaciones sobre cambios de control.¹

Ciertos eventos corporativos ocurridos a fines de la década de los noventa dejaron al descubierto la necesidad de perfeccionar las normas sobre gobiernos corporativos de las empresas privadas y aquellas referidas a los cambios de control que pudieran ocurrir al interior de las mismas.²

¹ Un estudio más completo sobre las reformas introducidas por la Ley N° 19.705 puede consultarse en PFEFFER URQUIAGA, Francisco, y PFEFFER URQUIAGA, Germán (2002), *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales* (Santiago, LexisNexis), Tomo I.

² Entre otros, recuérdese los casos de toma de control del Grupo Enersis por parte de la española ENDESA ESPAÑA, más conocido como "Caso Chispas"; la disputa por el control de Endesa Chile por ENDESA ESPAÑA y la norteamericana DUKE ENERGY INTERNATIONAL; la toma de control de CAMPOS CHILENOS S.A. por la sociedad española AZUCARERA EBRO, ocurrida en marzo de 1999; y la venta,

Ya en esos años la evidencia empírica demostraba la directa relación existente entre la adecuada y efectiva protección del accionista minoritario y el desarrollo del mercado de capitales y la estrecha vinculación entre el desarrollo de éste con el crecimiento de la economía de un país.

No hay duda de que una mejor y más eficiente institucionalidad de defensa de los accionistas no controladores, una normativa que promueva mayor rapidez y agilidad en la entrega de información y más transparencia en los mercados, todo ello unido a mayores exigencias y responsabilidades para quienes dirigen y administran las compañías, origina grandes externalidades positivas. Mayores facilidades para la creación de valor, mejor repartición de los riesgos, disminución en el costo del capital, liquidez, profundidad, participación y dinamismo, son algunas de las ganancias sociales que originan estas regulaciones.

La percepción del público inversor de que el ordenamiento jurídico es débil e ineficaz en la protección de sus derechos, al quedar expuesto a abusos y expropiaciones de riqueza no sancionadas al no existir una institucionalidad ágil y eficiente que los ampare, es una barrera insalvable en el desarrollo del mercado de capitales, lo que redundará en significativas pérdidas de eficiencia en el proceso económico, con el consiguiente costo social que ello acarrea para la economía.

Los esfuerzos regulatorios que se iniciaron en la década de los noventa han apuntado –y siguen apuntando– en esa dirección. Fortalecer la institucionalidad legal de defensa de todos los accionistas, sean o no parte de los pactos de control que gobiernan las empresas, e incrementar las exigencias y responsabilidades de directores y administradores de las mismas.

En efecto, después de una tramitación de casi dos años, en diciembre del año 2000 fue publicada la Ley N° 19.705, más conocida como ley de OPAs.³

En materia de gobierno corporativo, los principales aspectos que fueron abordados por este cuerpo legal son los siguientes:

en agosto de 1999, que el directorio de Telefónica CTC Chile aprobó, en votación dividida, de Telefónica Net a una filial de Telefónica España (que concentraría los negocios de Internet de la empresa holding a nivel mundial) por un precio de US\$ 40 millones más el pago de una deuda ascendente a US\$ 10 millones.

³ Ley N° 19.705, Regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (Opas) y establece Régimen de Gobiernos Corporativos, Diario Oficial, 20 de diciembre de 2000. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remitase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

1. Perfeccionamiento de las normas sobre regulación de conflictos de interés

Se sabe que las operaciones con parte relacionada son el principal vehículo que en la práctica se utiliza por el controlador para extraer riqueza de la compañía.

La norma perfeccionada –artículo 44 de la Ley N° 18.046–⁴ exige ahora que aquellas operaciones en las que un director tenga interés deban ser conocidas y aprobadas previamente por el Directorio y deban ajustarse en su materialización a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

A efectos de no rigidizar el desarrollo de los negocios sociales, distingue a las operaciones de monto relevante de aquellas que no lo son. Respecto de las primeras, que son aquellas en que el acto o contrato supera el 1% del patrimonio social siempre que exceda de 2.000 UF, y en todo caso si excede de 20.000 UF, exige que el Directorio se pronuncie en forma previa si ésta se ajusta o no a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Si existen tales condiciones en el mercado, el apearse a las mismas es una garantía para los accionistas no controladores de que no hay mejores condiciones disponibles para ejecutar la operación, por lo que ningún reproche podrá formularse a quien decide ajustarse a las mismas.

Si no existen tales condiciones de mercado, el Directorio, con abstención del director con interés, puede aprobar o rechazar la operación o instar por la designación de evaluadores independientes que analicen la misma. En cualquiera de los dos primeros casos tendrá que justificar su decisión ante los accionistas, cuestión que no le será fácil al no existir en el mercado condiciones con las cuales comparar las condiciones con las que aprobó o rechazó la operación. Además, en el evento de ser demandado y siempre que la junta extraordinaria de accionistas no hubiere aprobado la operación, será de su cargo probar que la operación se ajustó a condiciones de mercado, lo que será de suyo difícil, al haber él mismo declarado que tales condiciones no existían.

Si se opta por designar evaluadores independientes, estos serán los que se pronuncien sobre las condiciones de la operación, señalando la forma en que se proponga pagar el precio cuando sea en bienes que no consistan en dinero.

⁴ Ley N° 18.046, Ley de Sociedades Anónimas, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

En este caso, la decisión que finalmente adopte el Directorio tendrá como respaldo el informe de los evaluadores independientes.

Adicionalmente, los accionistas que representen al menos el 5% de las acciones emitidas con derecho a voto y que estimen que las condiciones no son favorables a los intereses sociales o las evaluaciones fueren substancialmente distintas entre sí, podrán solicitar al Directorio que se cite a junta extraordinaria de accionistas para que sea ésta la que resuelva con el acuerdo de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto.⁵

Un mecanismo que sin duda contribuye a fortalecer la protección legal de los accionistas no controladores ante eventos corporativos que son una clara tentación para la extracción de riqueza por parte del controlador.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que actualmente se tramita ante el Congreso Nacional un proyecto de ley –Mensaje 563–355, de 28 de agosto de 2007 (boletín N° 5301-05)– que modifica sustancialmente este mecanismo. Crea un nuevo título –el XVI– en la Ley N° 18.046 para regular las operaciones entre partes relacionadas de las sociedades anónimas abiertas y mantiene el mecanismo del actual artículo 44, con algunas modificaciones, sólo para las operaciones con parte relacionada que realicen las sociedades anónimas cerradas. Su estudio será motivo de un comentario posterior.

2. Obligación de establecer Comité de Directores

Siguiendo la tendencia existente en la legislación comparada, el legislador de la Ley N° 19.705 se decidió por imponer la obligación de constituir Comités de Directores en ciertas circunstancias.

En la experiencia internacional han terminado por transformarse en una especie de fiscalizador de la actividad societaria, informando al mercado en caso de infracciones de los directores a sus deberes y responsabilidades o alertando sobre la materialización de eventos corporativos mayores, como transacciones que la sociedad realice con partes relacionadas o tomas de control en cualquiera de sus formas. También han contribuido a evitar que sea el controlador el que decida su propia fiscalización.

Con ellos se pretende fortalecer la autorregulación al interior de las sociedades, haciendo más eficiente el desempeño del Directorio al incorporar mayor fisca-

⁵ Así ocurrió en el caso de la venta del negocio de la telefonía móvil que la filial de Telefónica CTC Chile hizo a la también filial de su matriz Telefónica España. En la junta extraordinaria de accionistas convocada a petición de los no controladores, se logró incrementar en más de 50 millones de dólares el precio que ofrecía pagar el comprador.

lización en las actividades que realiza la administración, incluidos los directores vinculados a los accionistas controladores. Ello permite minimizar los conflictos de interés en aquellas sociedades en donde los directores de mayoría muchas veces tienen intereses contrapuestos con los intereses sociales.

De acuerdo a lo dispuesto por el actual artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 (LSA), deben designar Comité de Directores las sociedades anónimas abiertas que tengan un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente a 1.500.000 UF. El mismo precepto indica que sus atribuciones son las de examinar los informes de los inspectores de cuenta y auditores externos y los balances presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad a los accionistas y pronunciarse respecto de éstos en forma previa a su presentación a los accionistas para su aprobación; proponer al Directorio los auditores externos y los clasificadores privados de riesgo que serán sugeridos a la junta de accionistas; examinar los antecedentes relativos a las operaciones realizadas con partes relacionadas –tanto las indicadas en el artículo 44 como a las señaladas en el artículo 89, ambas de la LSA–; examinar los sistemas de remuneraciones y planes de compensación de los gerentes y ejecutivos principales; y las demás que señalen los estatutos o le encomiende la junta de accionistas.

El Comité debe estar integrado por 3 miembros, la mayoría de los cuales deben ser independientes al controlador. Se entenderá que el director es independiente cuando al sustraer de su votación los votos provenientes del controlador o de sus personas relacionadas hubiese resultado igualmente electo. Si no hubiere suficientes directores independientes, este Comité, que de todos modos se debe constituir, podrá integrarse con mayoría de directores vinculados al controlador.

El Comité tendrá su propio presupuesto, que será fijado por la junta de accionistas. Con cargo a este presupuesto podrá contratar las asesorías e informes que estime convenientes. El Comité deberá presentar un informe de la actividad desarrollada y los gastos en que ha incurrido a la junta de accionistas, el que deberá incluirse en la memoria anual.

Los directores que integren el Comité en el ejercicio de las funciones que se señalan, además de la responsabilidad inherente al cargo de director, responden solidariamente de los perjuicios que causen a los accionistas y a la sociedad.

Se trata, sin duda, de un eficiente mecanismo interno de control de la administración que ha contribuido significativamente a inhibir conductas y a evitar situaciones en que el interés social pueda verse lesionado.⁶

⁶ En el caso indicado en la nota anterior, fue precisamente el Comité de Directores el que alertó a los accionistas sobre la referida operación.

Sin embargo, las dificultades operativas que en la práctica han presentado los Comités de Directores llevaron al Ejecutivo a proponerle sustanciales reformas en el proyecto de ley referido en lo que antecede y que actualmente se tramita en el H. Congreso Nacional. La idea que inspira estas reformas es extender la exigencia de su establecimiento a más sociedades anónimas abiertas y fortalecer el concepto de que lo integren directores que sean realmente independientes del controlador y del emisor en que tal director se desempeña.

3. Mayores exigencias para la realización de ciertas operaciones sociales

En línea con la filosofía que inspiró el proyecto que luego fue la Ley N° 19.705 y a partir de la reiterada ocurrencia de prácticas que afectaban los derechos de los accionistas no controladores, se aprobaron una serie de cambios enfocados precisamente a desterrar aquellas conductas lesivas para sus derechos. Entre otras, podemos mencionar a las siguientes:

a) Mayores exigencias para la enajenación de activos y constitución de garantías. Como se sabe, la norma anterior a la reforma exigía los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto para acordar la enajenación del activo y pasivo de la sociedad o del total de su activo. Ello hacía fácilmente vulnerables los derechos de los accionistas minoritarios, pues bastaba con que se enajenara una parte importante y esencial de los activos sociales sin que se requiriera para ello la aprobación de una junta extraordinaria de accionistas, puesto que la disposición legal exigía que se tratara del *"total del activo"* o del *"activo y pasivo"* de la sociedad. Bastaba dejar algunos activos de poca monta o importancia dentro de la sociedad para cumplir con la disposición, pues ésta requería la *"enajenación total del activo"*.

Este tipo de enajenaciones son de la mayor importancia y pueden traducirse en una importante pérdida para los accionistas no controladores al verse privados de parte significativa del patrimonio social sin siquiera ser consultada su opinión en junta de accionistas.

Fue precisamente en resguardo de tales accionistas que se modificó el número 9) del artículo 67 de la LSA. Ahora se exige el quórum de los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto para acordar la enajenación de un 50% o más de su activo, sea que incluya o no su pasivo. Igual quórum se requiere para la formulación o modificación de cualquier plan de negocios que contemple la enajenación de activos por un monto que supere el porcentaje antedicho. Para estos efectos se presume que constituyen una misma operación de enajenación aquellas que se perfeccionen por medio de uno o más actos relativos a cualquier bien social, durante cualquier período de 12 meses consecutivos. El mismo quórum se pide para acordar el otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros que excedan el 50% del

activo, excepto respecto de filiales, en cuyo caso la aprobación del Directorio será suficiente.

b) Nuevas causales que dan derecho a retiro. El derecho a retiro es uno de los mecanismos más eficientes y efectivos en la protección y amparo del accionista no controlador. Le permite salirse de la compañía cuando se produce algún evento corporativo que altera el riesgo de su inversión y que no esta de acuerdo en asumir. Tratándose de una sociedad anónima abierta, su ejercicio por parte del accionista permite se le restituya el monto de su inversión, según el valor bursátil de las acciones de que era titular.

A los acuerdos que dan origen a retiro y que están indicados en el artículo 69 de la LSA, se agregaron como nuevas causales la enajenación de un 50% o más del activo social, por las razones explicadas en lo que antecede; el otorgamiento de cauciones reales o personales para caucionar obligaciones de terceros que excedan el 50% del activo; y las demás que voluntariamente se establezcan en los estatutos o se dispongan por ley.⁷

c) Creación de una nueva categoría de ejecutivo. Con el propósito de evitar la habitual práctica de crear cargos no contemplados en la ley y que consecuentemente no conllevan la responsabilidad legal pertinente, como el de asesor del directorio, de vicepresidente ejecutivo u otros, se creó una nueva categoría de ejecutivo, la del "*ejecutivo principal*", al que se le nivela en cuanto a responsabilidad con la de los directores.⁸

Se logra así hacer coherentes los requerimientos de información, responsabilidad y potenciales sanciones a que están sujetas todas las personas responsables de la administración de la sociedad, puesto que los "ejecutivos principales" tienen una injerencia equivalente a la de los gerentes y demás involucrados en la administración de la compañía.

4. Mayores facilidades en el funcionamiento de los Directorios

Con el propósito de facilitar la administración de las compañías en un escenario global y planetario, aprovechando los cambios tecnológicos, se permite

⁷ A modo de ejemplo, como nuevas causales legales que dan derecho a retiro y que se agregaron por la Ley N° 19.705, podemos citar la que se origina cuando la sociedad anónima deja de cumplir las condiciones para ser considerada abierta y la junta extraordinaria de accionistas acuerda por los dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto que dejan de serle aplicables las normas de las anónimas abiertas. En este caso el accionista ausente o disidente tendrá derecho a retiro. Otro caso agregado también por la Ley N° 19.705 es el contemplado en el artículo 69 ter de la LSA.

⁸ Se entiende por ejecutivo principal a cualquier persona que tenga facultades relevantes de representación o decisión en la sociedad en materias propias del giro, independiente de la denominación que se les otorgue.

la participación de directores que no están físicamente presentes en la sesión correspondiente, al entender que participan en las sesiones aquellos directores que, a pesar de no encontrarse presentes, están comunicados simultánea y permanentemente a través de medios tecnológicos que autorice la Superintendencia (47, LSA).

Enfrentando un problema real de mucha frecuencia que origina incertidumbre en la gestión de la administración y dificulta la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los directores, el legislador se inclinó por establecer plazos para la firma de actas, tanto de las sesiones de Directorio, como de las juntas de accionistas. El presidente, el secretario y los directores que hayan participado en la sesión respectiva tanto en forma física como virtual no podrán negarse a firmar el acta que se levante de la misma. El acta correspondiente deberá quedar firmada y salvada, si correspondiere, antes de la sesión ordinaria siguiente que se celebre o en la sesión más próxima que se lleve a efecto (48 y 72, LSA).

A fin de dar transparencia a la gestión de administración se dispuso también que el Directorio debe informar en la memoria anual de la compañía el monto global de sus gastos (39, LSA).

En la misma idea de servirse de los avances tecnológicos y de facilitar la participación de los accionistas y gestión de la administración, en el proyecto en actual tramitación referido en lo que antecede, se incorporan, entre otras modificaciones, los ajustes necesarios para permitir el voto a distancia de los accionistas.

5. Nuevos legitimados activos para actuar en defensa de los intereses sociales

Una vieja discusión vino a zanjarse por el actual artículo 133 bis, introducido por la Ley N° 19.705. Fue larga la polémica entre quienes sostenían que sólo el Directorio de una compañía podía decidir el ejercicio de acciones judiciales por parte de esa compañía. Que el único legitimado activo para actuar en su nombre y representación era el Directorio. Ni cada director individualmente considerado ni un grupo de accionistas de la misma compañía tenía tal legitimación.

El nuevo artículo 133 bis de la LSA despeja el punto y reconoce a cualquier director o a un accionista o grupo de accionistas que representen a lo menos el 5% de las acciones emitidas por la sociedad, el derecho a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad.

El incremento en el número de legitimados activos origina un evidente efecto disciplinador en la conducta de los administradores vinculados al controlador, que tiende a inhibirlos de ejecutar conductas lesivas al interés social ante la posibilidad de que directores o accionistas no vinculados al controlador puedan demandarlos, lo que antes no ocurría.

6. Nuevo marco regulatorio para las tomas de control⁹

Hasta antes de la Ley N° 19.705 nuestra legislación carecía de un marco normativo orgánico y sistemático destinado a regular los procesos de tomas de control. Sólo se disponía de un conjunto de preceptos que imponían a quienes pretendían el control de una compañía el deber de informar y comunicar tal intención.¹⁰

Tal vacío normativo y la ocurrencia de una serie de eventos corporativos que generaron gran polémica y crítica pública por el desigual trato que recibieron los accionistas no vinculados al controlador saliente, como los indicados en la nota 2 anterior, forzaron la aprobación de un nuevo marco regulatorio al que deben ajustarse obligatoriamente los cambios de control.¹¹

Se trata del actual título XXV de la Ley N° 18.045¹² (LMV), que establece el mecanismo de la oferta pública de adquisición de acciones como medio para tomar el control de una compañía.

Todos los cambios de control que encuadren en alguna de las hipótesis que señala el artículo 199 de la LMV –que son la gran mayoría– deben someterse obligatoriamente al título XXV de la ley.

Esta nueva regulación asegura un trato igualitario, en términos de precio y condiciones en que se lanza la oferta, a todos los accionistas, sean o no controladores. Establece elevados niveles de exigencia en materia de información

⁹ Un estudio más completo sobre esta materia puede consultarse en PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2001): “Nuevas regulaciones en las tomas de control y oferta pública de adquisición de acciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1: pp. 113-141.

¹⁰ El marco normativo dentro del cual se concretaron las operaciones de toma de control anteriores a diciembre del año 2000, fecha de vigencia de la ley N° 19.705, estaba constituido básicamente por el antiguo artículo 54 de la ley de Mercado de Valores y, entre otras disposiciones complementarias, por los artículos 4° letra d), 12 y artículos 96 a 102, todos del mismo cuerpo legal

¹¹ Un estudio de algunos de estos casos puede consultarse en LEFORT, Fernando, y WIGODSKI, Teodoro (2008): “Una mirada al Gobierno Corporativo en Chile, casos emblemáticos”, Ediciones Universidad Católica de Chile.

¹² Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

que debe entregarse al mercado al momento de iniciar, desarrollar y concluir un proceso de toma de control. Impone nuevas obligaciones a los directores tanto de la sociedad objeto de la toma de control como a aquellos que lo son del controlador entrante, todas destinadas a revelar la existencia de conflictos de interés y a evitar que la administración de la sociedad objetivo de una toma de control la vaya a obstaculizar. Permite y regula las llamadas ofertas competitivas, lo que posibilita la disputa por el control de una compañía con el consiguiente beneficio para todos los accionistas que se aprovechan de las ventajas de todo proceso competitivo. En fin, tipifica un nuevo delito para quienes defraudaren a otros adquiriendo acciones de una sociedad anónima abierta sin efectuar una oferta pública de adquisición de acciones en los casos exigidos por la ley.

Al igual como ha ocurrido con los otros perfeccionamientos introducidos por la Ley N° 19.705, el proyecto de ley que actualmente se tramita en el H. Congreso Nacional recoge las inquietudes de los agentes de mercado sobre las falencias y defectos de esta regulación y le introduce ajustes y modificaciones en materia de ofertas públicas de adquisición de acciones.

En suma, un gran avance en la idea de generar un marco regulatorio que, por un lado, no se traduzca en un freno a los cambios de control, tan necesarios como eficientes en una economía de mercado, como por el otro, generando los resguardos y amparos para proteger los derechos de los accionistas que no participan en la dirección de los negocios ni en la gestión de estos eventos corporativos, pero que, al fin y al cabo, son los que les dan vida a los mercados.

7. Mayores responsabilidades para directores de sociedades anónimas¹³

Bajo este título se agrupan los diversos aspectos abordados por la reforma introducida por la Ley N° 19.705 y que, en definitiva, se tradujeron en nuevas obligaciones y mayores responsabilidades para los administradores y directores de sociedades anónimas.

Desde luego, cabe citar la nueva responsabilidad que le corresponde asumir al director que es miembro del Comité de Directores (50 bis, LSA). Este responde de culpa leve por todos los perjuicios que en el desempeño de la función de miembro del Comité cause a los accionistas y a la sociedad.

¹³ Un estudio más completo sobre esta materia puede consultarse en PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2000): "Nuevas normas sobre Gobierno Corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 3: pp. 485-499.

Tratándose de una operación con parte relacionada (44, LSA), pesa en el director la responsabilidad de probar que la operación se hizo ajustada a las condiciones de mercado, a no ser que la junta extraordinaria de accionistas apruebe la operación. Esta aprobación sólo lo libera de la carga de la prueba, pero no de aquella que lo hace deudor de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a la sociedad o a los accionistas con motivo de la operación.

Estar atento al nuevo instrumento de control que sobre los actos del controlador le entrega el artículo 133 bis de la LSA, en el sentido de que la responsabilidad de que es titular también le es exigible por omisión, por no actuar o demandar cuando las circunstancias así lo aconsejan.

Enfrentado a una operación de cambio de control (207, LMV), no podrá participar en decisiones de la administración que importen obstaculizar la operación, como aquellas destinadas a la adquisición de acciones de propia emisión, resolver la creación de filiales, enajenar bienes del activo que representen más del 5% del valor total de éste, etc. Deberá facilitar la entrega de información a quien ha decidido lanzar la oferta de adquisición de acciones y deberá informar sobre la conveniencia de la oferta para los accionistas, precisando en este informe qué relación tiene con el controlador de la sociedad y con el oferente y qué interés pudiera tener en la operación.

En fin, en materia de delitos descritos en los artículos 59 y 60 de la LMV, se incrementan las conductas tipificadas como delito penal, con el consiguiente aumento de responsabilidad para el director.

En suma, y sin perjuicio de lo dicho en relación con las reformas en actual tramitación en el H. Congreso Nacional, se trata de avances significativos en el perfeccionamiento de una institucionalidad legal destinada a dar igual protección a todos los accionistas de una sociedad, sean o no controladores de la misma, en la idea de que ello potencia el desarrollo del mercado de capitales nacional.

II. Sucesivos perfeccionamientos y modernizaciones de las normas que regulan el funcionamiento del mercado de capitales

Difícil labor es la de sistematizar las normas que en el último decenio se han dictado para perfeccionar y modernizar el funcionamiento del mercado de capitales. Son una gran cantidad de leyes. Muchas de las cuales modifican parcial o totalmente los textos matrices de las instituciones y agentes que operan y forman parte del mercado, como las comentadas en el capítulo I que antecede. Otras, en cambio, han creado nuevas estructuras e instrumentos financieros o

se han enfocado en el establecimiento de incentivos tributarios que hacen más atractiva la participación de los diversos inversores en el mercado.

Fueron las Leyes N°s 19.705, 19.768, 19.769, 19.795, 20.190, 20.255 y 20.343,¹⁴ entre otras de menor significación, las que introdujeron sustanciales modificaciones a los cuerpos legales que regulan a bancos comerciales, administradoras de fondos de pensiones, administradoras generales de fondos, administradoras de fondos mutuos, de fondos de inversión, de inversión de capital extranjero, bolsas de valores, intermediarios de valores, entidades de depósito y custodia de valores, compañías de seguros, mercado de valores, sociedades anónimas abiertas, sociedades securitizadoras, que crearon nuevas entidades e instrumentos financieros y establecieron incentivos tributarios de relevancia para todos quienes participan en el mercado de capitales, sea como ahorrantes o inversionistas.

Sistematizando las modernizaciones y perfeccionamientos concretados, entre otros, a través de los cuerpos legales indicados en lo que antecede, destacamos las siguientes:

1. Precisión del concepto de sociedad anónima

La actual redacción del artículo 2° de la LSA se debe a las reformas introducidas por las Leyes N°s 19.705 y 19.769. Con ellas se pretendió acotar el concepto de sociedad anónima en la ley, sin tener que recurrir al reglamento; precisar que las anónimas cerradas que se inscriban voluntariamente en el registro de valores pasan a ser fiscalizadas por la SVS, aunque no hagan oferta pública de sus valores y que las anónimas abiertas aunque no hagan oferta pública de sus valores quedan igualmente sometidas a las normas concebidas para las anónimas abiertas y sujetas a la fiscalización de la SVS. Además, la SVS quedó

¹⁴ Ley N° 19.705, Regula las Ofertas Publicas de Adquisición de Acciones (Opas) y establece Régimen de Gobiernos Corporativos, Diario Oficial, 20 de diciembre de 2000.

Ley N° 19.768, Introduce adecuaciones de índole tributaria al Mercado de Capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario, Diario Oficial, 7 de noviembre de 2001.

Ley N° 19.769, Flexibiliza las inversiones de los Fondos Mutuos y Compañías de Seguro, crea la Administradora General de Fondos, facilita la internacionalización de la banca y perfecciona leyes de Sociedades Anónimas y de Fondos de Inversiones, Diario Oficial, 7 de noviembre de 2001.

Ley N° 19.795, Modifica DL N°3.500, en materia de Inversión de los Fondos de Pensiones, Diario Oficial, 28 de febrero de 2002.

Ley N° 20.190, Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el Fomento de la Industria de Capital de Riesgo y continúa el proceso de modernización del Mercado de Capitales, Diario Oficial, 5 de junio de 2007.

Ley N° 20.255, Establece Reforma Provisional, Diario Oficial, 17 de marzo de 2008.

Ley N° 20.343, Modifica distintos cuerpos legales con el objeto de mejorar las condiciones de financiamiento para personas y empresas, Diario Oficial, 28 de abril de 2009.

Cada vez que en el texto de este trabajo se cite alguno de los cuerpos legales indicados en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

facultada para establecer categorías de sociedades anónimas abiertas para efectos de la fiscalización, cuando se trate de sociedades que no hagan oferta pública de sus valores o que la transacción de los mismos no sea relevante para el mercado de valores.

2. Supresión de acciones privilegiadas con preeminencia en el control

En la idea de proteger y resguardar los derechos de los accionistas minoritarios de una norma que no contenía mayores limitaciones –salvo las indicadas en el artículo 20 de la LSA– para el establecimiento de privilegios que dieran una preeminencia en el control de la compañía, se pasó a otra –actual artículo 20 de la LSA–, que sólo las permite limitadas a cinco años, pudiendo prorrogarse por acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas.¹⁵

3. Perfeccionamiento del mecanismo de la autocartera e introducción de los *stocks options*

No obstante los riesgos que la literatura especializada reconoce en la adquisición por la sociedad de acciones de propia emisión, el legislador de la Ley N° 19.705 se inclinó por permitirla, sujeta, empero, a estrictas regulaciones.¹⁶

Así, sólo podrán adquirir acciones de su propia emisión las sociedades anónimas cuyas acciones tengan transacción bursátil, siempre que ello sea acordado en junta extraordinaria de accionistas por las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, se haga sólo hasta el monto de las utilidades retenidas y sea proporcional al número de acciones de cada serie, si hubiere serie de acciones, quedando, en todo caso, sujeta a un límite temporal y al monto máximo del 5% de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad.

¹⁵ Modificación aprobada por Ley N° 19.705. Ver nota anterior.

¹⁶ Como ventajas de la autocartera se suelen indicar: es un medio eficiente para facilitar la ejecución de determinadas operaciones sociales, como reducciones de capital, operaciones de colaboración empresarial, de selección del accionariado, de defensa ante ataques hostiles al control de la sociedad, de captación de fondos ajenos, de eliminación de series especiales de acciones, de liquidación de la sociedad, y como factor de estabilidad de la sociedad, entre otros. Adicionalmente permite la distribución de acciones propias entre los trabajadores mediante el mecanismo del *stock options*. Como peligros de la autocartera se señalan: eventuales perjuicios a los acreedores, ya que al adquirir acciones de su propia emisión con cargo al capital de la sociedad, los intereses de los acreedores se ven afectados, ya que se quiebra la función de garantía que el capital social desempeña en las sociedades anónimas; a los accionistas de la sociedad, ya que el derecho de voto debe ser equivalente y proporcional al capital suscrito respectivo, principio que puede verse afectado con las operaciones de autocartera, en beneficio del accionista controlador, afectando el principio de paridad de trato entre los accionistas; o al precio real de la acción determinado por el mercado de valores al verse distorsionado el valor real de la acción por las compras del emisor, ya que existe el riesgo de que la sociedad emisora utilice las operaciones de autocartera como instrumento para la manipulación de la oferta y demanda de sus valores en el mercado, incurriendo en una especulación abusiva.

De igual modo, la adquisición de tales acciones quedó sujeta a un estricto procedimiento, en términos que deberán llevarse a cabo en bolsas a través de sistemas que permitan la adquisición a prorrata de las acciones recibidas, entre otras exigencias, lo que asegura la adquisición a precio de mercado y el respeto del principio de igualdad de trato de los accionistas.

De otro lado, mediante el mecanismo de los *stocks options* se pretende alinear los intereses de los trabajadores con los de la compañía. Incentivar al factor trabajo, inclusive al cuadro ejecutivo, a mejorar los niveles de productividad y a percibir el beneficio que ello origina mediante la adquisición de acciones de la compañía cuyo precio reflejará la mayor eficiencia productiva de la empresa. Para estos efectos se permite que en los aumentos de capital de una sociedad anónima abierta pueda contemplarse que hasta un 10% de su monto se destine a planes de compensación de sus propios trabajadores o de sus filiales. Se permite que los trabajadores suscriban –con cargo a futuras indemnizaciones, remuneraciones, etc.–, hasta un 10% de acciones de la compañía. Se produce así un compromiso efectivo con el desarrollo del giro social. En la parte que se entrega a los trabajadores, los accionistas no gozarán de la opción preferente a que se refiere el artículo 25 de la LSA. El plazo para suscribir y pagar las acciones por parte de los trabajadores dentro de un plan de compensación podrá extenderse hasta por cinco años, contado desde el acuerdo de la junta de accionistas respectiva.

4. Creación de las Administradoras Generales de Fondos

Fue la Ley N° 19.769 la que innovó en la creación de esta nueva estructura denominada Administradora General de Fondos al agregar un nuevo título XXVII a la LMV. Ella permite que bajo una misma sociedad administradora se puedan administrar fondos mutuos, fondos de inversión, fondos de inversión de capital extranjero, fondos para la vivienda y cualquier otro tipo de fondo cuya fiscalización sea encomendada a la SVS. Es indudable que esta nueva estructura ha permitido llevar a cabo una mejor asignación de recursos para la administración de fondos, lo que ha posibilitado compartir y optimizar los recursos usados dentro de los fondos administrados y, por otro lado, ha mejorado la calidad del proceso de toma de decisiones de inversión, al contar con mayores recursos financiados por un volumen mayor de activos administrados. Esta sinergia ha resultado en mejores servicios para los inversionistas, y una mayor cantidad de alternativas de nuevos fondos en el mercado, por distintos administradores.

Asimismo, los ahorros de costos en la Administración de Fondos ha posibilitado que las comisiones de administración sean menores, beneficiando de esta manera a toda la industria de fondos de terceros, ampliando su cobertura y competencia con proveedores de servicios extranjeros.

5. Creación de las Agencias de Garantía o de Crédito

Es la Ley N° 20.190¹⁷ la que recoge una antigua aspiración del sector financiero para facilitar el financiamiento sindicado al que concurre gran cantidad de acreedores y bancos comerciales.

La agencia de créditos o garantías es un contrato colectivo de mandato, en virtud del cual dos o más acreedores acuerdan designar un agente común que les represente en el otorgamiento o gestión de sus créditos, o en la constitución, modificación o extinción de sus garantías, o en ambos, y para el ejercicio mancomunado de los derechos que emanen de tales créditos o garantías. La agencia debe ser expresamente aceptada por el deudor. Prestado este consentimiento, es irrevocable por la sola voluntad del deudor.¹⁸

Tratándose de proyectos de financiamiento de cierta envergadura, que tienen a su vez cauciones de distinta naturaleza, es común que se establezca a favor de los acreedores un sistema en virtud del cual una persona designada al efecto hace las veces de pantalla para todos los participantes en los intereses del crédito. Si bien la práctica comercial ha sido capaz de crear tinglados contractuales que de algún modo han dado una solución práctica a tal necesidad, ello no ha permitido superar la falta de certeza jurídica que se produce cuando se hacen cesiones de participación en los créditos y éstas no son anotadas en los registros correspondientes, lo que se refleja en el encarecimiento de las tasas de interés o en algunos factores de descuento especiales aplicados en la cesión de esas participaciones.

Para superar tales inconvenientes y recoger en nuestra legislación una institución de larga raigambre en el derecho comparado, se crea la figura del Agente de Garantía.

Por consiguiente, será en favor de esta entidad que se constituyen las garantías, quien las recibe y acepta a nombre propio pero por cuenta y beneficio de los bancos que en el futuro ostentarán la calidad de acreedores del crédito que se trate, disminuyendo los costos de transacción relativos a los créditos sindicados.

¹⁷ Un estudio más completo sobre las reformas aprobadas por la Ley N° 20.190 puede consultarse en PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2007 y 2008): "Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK2", primera y segunda parte, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 16: pp. 247-290 y N° 17: pp. 315-349.

¹⁸ La agencia de garantías tiene un antecedente primario en el artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores, el cual se refiere específicamente a la posibilidad de designar a una persona para que reciba en favor de los tenedores de bonos aquellas garantías que se establezcan para el pago de éstos.

En suma, se crea una entidad que viene a suplir un importante vacío existente en nuestra legislación que dará claridad contractual para que los agentes de garantías tengan un marco legal claro y que permitirá abaratar los costos transaccionales en operaciones comerciales de financiamiento.

6. Creación de la Sociedad por Acciones como nuevo tipo societario

La existencia de este nuevo tipo societario también se le debe a la Ley N° 20.190.

Fue concebido como un instrumento de fomento al desarrollo del capital de riesgo. Sólo una estructura liviana y flexible permite que los inversionistas en capital de riesgo puedan hacer valer directamente sus derechos en la forma pactada, sin pasar por medio de intrincadas alternativas legales diseñadas para dar cabida a las especificidades puntuales de un proyecto y sus condicionantes financieras.

Mayor flexibilidad fundamentalmente en tres aspectos: administración, estructura de capital y transferencia de acciones, ámbitos en los que el nuevo tipo societario innova en relación con la regulación de la anónima tradicional.

En suma, la creación de este nuevo tipo societario apunta a flexibilizar las estructuras jurídicas existentes para favorecer a aquellas pequeñas sociedades que amparan proyectos de capital de riesgo, industria esta en la que actualmente se recurre muchas veces a complejas construcciones contractuales para evadir disposiciones perentorias de la Ley de Sociedades Anónimas, la que por su esencia está dirigida principalmente a las anónimas abiertas, pero cuyas normas son residualmente aplicables también a las cerradas, con toda su rigidez, por lo que cuando las partes en un negocio buscan ampararlo recurriendo a la estructura jurídica de las sociedades anónimas cerradas, se encuentran con todas las dificultades propias de una legislación que no está particularmente diseñada para acoger proyectos de capital de riesgo.

7. En reemplazo de todas las anteriores, se establece una nueva prenda sin desplazamiento y se crea un nuevo Registro de Prendas sin Desplazamiento

Se sabe que las garantías son elemento clave 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. La mayor o menor facilidad de acceso al crédito es un factor relevante en la generación de nuevos proyectos de inversión. 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.

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.¹⁹

Por consiguiente, con la finalidad de contar con un sistema único y ágil de constitución de garantías se sustituyeron todas las prendas sin desplazamiento existentes hasta esa 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.²⁰

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.

Al entrar a regir este nuevo estatuto, todos los regímenes que regulaban prendas sin desplazamiento 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° 4287, 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

8. Perfeccionamientos a la ley tributaria para incentivar la mayor participación de ahorrantes e inversores en el mercado de capitales

Se trata básicamente de reformas al DL N° 824, DL N° 825 y DL N° 3.475²¹ para hacer más atractiva la inversión en diversos instrumentos financieros por parte de los ahorrantes e inversores que operan en el mercado de valores.

En apretada síntesis cabe destacar las siguientes:

a) Los cambios a la ley tributaria introducidos por la Ley N° 19.705 estuvieron orientados a regular los efectos impositivos que pudiera producir la autorización dada a las sociedades anónimas para adquirir acciones de su propia emisión. Se presumirá de derecho que existe habitualidad en el caso de enajenación de acciones adquiridas por el enajenante de conformidad a lo previsto en el artículo 27 A de la LSA, en los términos explicados en lo que antecede. Adicionalmente se establece que quedarán también afectas al impuesto a la renta las sociedades anónimas que hubieren adquirido acciones de su propia emisión y que no las enajenaren dentro del plazo de veinticuatro meses contados desde su adquisición. En este caso el impuesto se aplicará sobre la cantidad que la sociedad hubiere destinado a la adquisición de tales acciones.

b) Uno de los esfuerzos más potentes por estimular desde la perspectiva de los incentivos tributarios el desarrollo de los mercados accionarios y de bonos se encuentra en la Ley N° 19.768 –que en conjunto con la Ley N° 19.769 son más conocidas como MK1–, ya que fueron esos textos legales los que finalmente acogieron las aspiraciones más deseadas por los operadores de los mercados financieros. Se facilitan las **operaciones de venta corta de valores**²² –acciones o bonos– en cuanto no se considerará enajenación, para los efectos de la ley de la renta, la cesión y la restitución de acciones de sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil, que se efectúe con ocasión de un préstamo o arriendo

²¹ DL N° 824, Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta, Diario Oficial, 31 de diciembre de 1974.

DL N° 825, Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, Diario Oficial 31 de diciembre de 1974.

DL N° 3475, Impuesto de Timbres y Estampillas, Diario Oficial 04 de septiembre de 1980.

²² Préstamo de acciones u otro activo financiero: Es el contrato por el cual el prestamista transfiere al prestatario una determinada cantidad de acciones u otro activo financiero y en que el prestatario se obliga a restituir igual cantidad de acciones del mismo emisor y serie. Se entenderá por venta corta de acciones u otro activo financiero, en adelante, venta corta, la venta en rueda de acciones u otro activo financiero cuya liquidación se efectúa con valores obtenidos en préstamo. MANUAL DE OPERACIONES DE VENTA CORTA Y PRÉSTAMO DE ACCIONES Y OTROS ACTIVOS FINANCIEROS, aprobado mediante resolución exenta N° 014, de fecha 13 de enero de 2003, de la SVS. En general se trata de un mecanismo mediante el cual se compran o arriendan acciones o bonos por un breve periodo de tiempo con la obligación de vender, asumiendo como ganancia o pérdida el diferencial de precio entre la compra y la venta.

de acciones, en una operación bursátil de venta corta, siempre que las acciones que se den en préstamo o en arriendo se hubieren adquirido en una bolsa de valores del país o en un proceso de oferta pública de acciones regido por la LMV, con motivo de la constitución de la sociedad o de un aumento de capital posterior, o de la colocación de acciones de primera emisión.

Se aprobó la **exención del impuesto a las ganancias de capital** a las ventas de acciones de sociedades anónimas abiertas, con presencia bursátil, que se realicen en una bolsa de valores del país o en un proceso de oferta pública regulada por la LMV, siempre y cuando estos títulos hayan sido adquiridos originalmente en una bolsa de valores del país, a través de una OPA, o en un proceso de colocación de acciones de primera emisión. Esta exención se aplicará exclusivamente para el caso de transacciones de venta en que se enajenen valores que hayan sido adquiridos con posterioridad al 19 de abril de 2001.²³ Así las cosas, el diferencial de precio entre la compra y venta de una acción que reúne los requisitos indicados no se grava con el Impuesto a la Renta ni se debe declarar el mayor valor obtenido en la enajenación.

Con la finalidad de estimular el **financiamiento de las empresas emergentes** a través de la emisión de instrumentos representativos de capital, también se exceptuó de pago del Impuesto a la Renta el mayor valor que resulte en la enajenación de acciones inscritas en el registro de valores que al efecto lleve la SVS, por un lapso de tres años, y que sean transadas en mercados para empresas emergentes organizados en alguna de las bolsas de valores del país y siempre que dichas empresas se abran a la bolsa cumpliendo algunos requisitos mínimos de desconcentración y dispersión. Así se facilitó la estrategia de salida de inversionistas especializados en desarrollar proyectos con estas características lo que ha permitido allegar más recursos a proyectos innovadores.

Adicionalmente, con el objeto de facilitar las **operaciones de intermediación transfronteriza**, y con la lógica de evitar la exportación de impuestos y permitir a los bancos chilenos competir en igualdad de condiciones en el financiamiento de proyectos en el extranjero, se eliminó el impuesto de 4% a los intereses que se aplica sobre los créditos cuyo uso final sea el otorgamiento de créditos en el extranjero. Con el objeto de facilitar el financiamiento de empresas que no logran acceder al mercado de emisiones en el exterior, y como forma de aprovechar la liquidez del mercado doméstico para fomentar la emisión de deuda en moneda nacional en el mercado internacional, se disminuyó de 35% a 4% el

²³ Con todo, y como existen ganancias de capital devengadas por compras efectuadas en el pasado, que no han sido realizadas, se propuso un mecanismo voluntario para acceder a la exención sin tener la necesidad de vender y comprar las mismas acciones.

impuesto a los intereses para instrumentos de renta fija, denominados en moneda local y adquiridos en bolsa por inversionistas institucionales extranjeros.

También se introdujeron importantes modificaciones destinadas a incentivar los planes de **seguros con ahorros** y el **ahorro previsional voluntario**, en términos de reconocer significativas rebajas impositivas para quienes materialicen este tipo de ahorro.

En materia de Impuesto de Timbres y Estampillas aplicables a las **emisiones de bonos**, se rediseñó el mecanismo para evitar que el pago del impuesto fuere un desincentivo a la emisión y rescate anticipado de estos instrumentos representativos de deuda, como lo había sido hasta la fecha de esta modificación.

c) Pero son las Leyes N°s 20.190 y 20.343 las que han introducido –hasta la fecha, ya que se encuentra anunciado el envío del proyecto de ley conocido como MK 3– los últimos ajustes a la ley tributaria. Se exime del Impuesto de Timbres y Estampillas a los **títulos securitizados** en la proporción en que los activos subyacentes ya lo pagaron o estuvieran exentos. Se precisa que cuando el acreedor de una obligación afecta al Impuesto de Timbres y Estampillas sea un **banco extranjero** que no tenga domicilio ni residencia en Chile, el responsable del pago del impuesto de timbres es el deudor de la obligación. En materia de **securitización**, se modifica el artículo 136 de la LMV, con el objeto de permitir que el activo de un patrimonio separado pueda estar constituido en más de un 35% por activos vendidos u originados por bancos o instituciones financieras relacionadas con la sociedad securitizadora. Se permite que, en el caso de la securitización de flujos futuros, los ingresos y gastos correspondientes a los flujos securitizados se reconozcan en la medida que dichos flujos se vayan generando. Se establece que los **instrumentos de deuda oferta pública** previamente inscritos en el registro de valores conforme a la LMV, y que cumplan con todas las exigencias pedidas, tienen derecho a una exención similar a la que la Ley sobre Impuesto a la Renta establece en materia de acciones con presencia bursátil. Así, estos instrumentos quedan eximidos del pago de impuesto por las ganancias de capital obtenidas al alcanzar un mayor valor en la enajenación de los mismos. Se homologa, a una tasa de 4%, el impuesto aplicable a los **intereses pagados en créditos externos** provenientes de inversionistas institucionales extranjeros oferentes de crédito, como ocurre con las compañías de seguros y fondos de pensiones extranjeros que se encuentren acogidos al artículo 18 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Desde la vigencia de la Ley N° 19.768, de noviembre de 2001, y como una forma de incentivar el desarrollo y la apertura de empresas emergentes, se reconoció como beneficio tributarios para estas que el mayor valor que alcanzaren las acciones entre la fecha de colocación y la de apertura a bolsa no estaría afecto al

impuesto que usualmente grava este incremento patrimonial. Este beneficio se limitó sólo hasta el 31 de diciembre del año 2006. En el propósito de mantener y potenciar aquel beneficio, esta nueva ley extiende el beneficio tributario para las empresas emergentes hasta el 31 de diciembre del año 2014.

En suma, un conjunto de incentivos y beneficios que hacen más atractiva la participación en los mercados financieros y que van despejando y eliminando trabajos y obstáculos que le restan eficiencia.

9. A la industria de las sociedades administradoras de fondos de pensiones se le han introducido los siguientes perfeccionamientos

Sólo nos referiremos a los cambios introducidos al sistema de administradoras de fondos de pensiones que tengan una incidencia directa en el mercado de capitales. No a aquellas reformas que se refieren a los beneficios previsionales que entrega el sistema.

a) Desde la Ley N° 19.705 se permite a los fondos de pensiones participar en **las ofertas públicas de adquisiciones de acciones** que se regulan en la LMV, lo que sin duda da más profundidad y liquidez a los mercados. Esta misma ley **flexibiliza las políticas de inversión** y los instrumentos en que pueden ser invertidos los dineros de los fondos de pensiones, en la idea de generar mayores espacios de libertad a los administradores, aprovechando también el desarrollo y aparición de nuevos instrumentos financieros. Adicionalmente, perfecciona el **mecanismo de votación** de las Administradoras de Fondos de Pensiones para la elección de directores en aquellas sociedades cuyas acciones hayan sido adquiridas con recursos de los fondos de pensiones. Se impide que las AFP puedan votar por personas que estén vinculadas a la sociedad, al controlador de la sociedad o a la administradora o relacionadas con la sociedad administradora. Este mecanismo fue recientemente perfeccionado por la Ley N° 20.255, que estableció un sistema de registro de directores, en que deben apuntarse todas las personas que quieran ser elegidas con votos de las acciones de propiedad de los fondos de pensiones. Además creó la figura del **Director Autónomo**²⁴ y estableció la exigencia de que en los directorios de las sociedades administradoras participen a lo menos dos directores que tengan aquella calidad.

²⁴ Se considerará como director autónomo para estos efectos a quien no mantenga ninguna vinculación con la Administradora, las demás sociedades del grupo empresarial del que aquélla forme parte, su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, que pueda generarle un potencial conflicto de interés o entorpecer su independencia de juicio.

b) Las Leyes 19.768 y 19.769 –también conocidas como reforma MK 1– crearon, potenciaron y extendieron los mecanismos de **ahorro previsional voluntario**. Uno de los pilares sobre los que descansa el desarrollo del mercado de capitales es precisamente el ahorro. El sello de las reformas introducidas por estas leyes es justamente utilizar toda la infraestructura del sistema de pensiones para incentivar el ahorro personal y familiar. Conjuntamente con el ahorro obligatorio, se creó un conjunto de incentivos tributarios para potenciar el desarrollo del ahorro voluntario.

c) La creación del **sistema de multifondos** fue obra de la Ley N° 19.975. Permitió la ampliación del número de fondos existentes a esa fecha a cinco Fondos de Pensiones por cada Administradora, diferenciados a partir de la proporción de su portafolio invertida en títulos de renta variable, donde a mayor renta variable mayor riesgo y mayor retorno esperado. La posibilidad de invertir en una cartera de inversiones cuyo riesgo está asociado al horizonte de inversión del afiliado, esto es, el tiempo que le falta para cumplir la edad legal para pensionarse, y la posibilidad que tiene de recuperarse de períodos de bajos retornos, permite elevar el valor esperado de la pensión de éste. A su vez, hace posible aumentar la eficiencia con la que el sistema de pensiones logra su objetivo fundamental: entregar a sus afiliados un ingreso que permita reemplazar en forma adecuada a aquel que obtenían durante su vida activa. Por lo tanto, la implementación de un sistema de multifondos está plenamente justificada en la medida que permite a los trabajadores acceder a mejores pensiones, y, por lo tanto, a un mejor nivel de vida durante su etapa de retiro. De igual modo permite a los afiliados lograr una distribución de cartera más acorde a sus preferencias y necesidades, en cuanto a riesgo y rentabilidad.

Esta misma ley permitió ampliar el **límite global para la inversión** de los fondos de pensiones en el exterior, estableciendo para estos efectos rangos mayores según sea el tipo de fondos de una AFP, dentro del cual el Banco Central de Chile determinará el límite definitivo. Adicionalmente, dentro del mercado local, permitió la inversión en nuevos instrumentos y amplió los límites de inversión vigentes a esa fecha.

d) El último paso en este progresivo proceso de perfeccionamiento normativo lo corona la Ley N° 20.190. Cabe recordar que casi todas las reformas que aprobó la Ley N° 20.190 están cruzadas por las negativas experiencias que se recogieron a partir del llamado “caso Inverlink”.

Se define aquí un procedimiento uniforme para **otorgar licencias a las sociedades administradoras de fondos de pensiones**, bancos comerciales y compañías de seguros de vida. Se trata de conjugar exigencias objetivas que

permitan constatar el cumplimiento de requisitos de integridad y solvencia en los socios fundadores y organizadores de la entidad, pero también reservar a la autoridad de control un pequeño margen de discrecionalidad para evitar el ingreso a la industria de agentes no deseados. Se consultó también el **fortalecimiento de las facultades** de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP) para requerir información a los fiscalizados y para instruir a una administradora, por resolución fundada, 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, entre otras facultades.

Por último, entre otras reformas menores, 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° 18.876.²⁵

10. Perfeccionamientos introducidos a la industria de los fondos mutuos

a) Se les permite ejercer su derecho a voto en la elección de los administradores de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones, en las cuales dichos fondos tienen la calidad de inversionistas. Hasta antes de la modificación del inciso final del artículo 21 de la LSA tenían vedado su derecho a voto. El cambio consiste, por tanto, en que podrán ejercer el derecho a voto. Pero con la limitación de poder elegir solamente a directores profesionales e independientes al controlador, bajo un esquema similar al que opera para la elección de directores por parte de los fondos de pensiones.²⁶

²⁵ Ley N° 18.876, Establece el marco legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia de Valores, Diario Oficial, 21 de diciembre de 1989. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

²⁶ La derogación del inciso final del artículo 21 de la LSA la dispuso la Ley N° 19.705, que Regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (Opas) y establece Régimen de Gobiernos Corporativos, Diario Oficial, 20 de diciembre de 2000.

b) Pero fue la Ley N° 19.769 la que introdujo sustanciales reformas a la industria de fondos mutuos.

Esta permitió la existencia de **series de cuotas** para un mismo fondo, lo que se traduce en una alternativa relevante para facilitar la segmentación de mercados y hacer más eficiente la estructura de comisiones en la industria. Se les autorizó para a realizar **actividades complementarias a su giro**, dejando la normativa de dichas actividades a cargo de la SVS. Se introducen adecuaciones a los **requisitos patrimoniales y de garantía** a los partícipes del fondo, en cuanto rebaja el capital requerido para constituir una sociedad de este tipo y flexibiliza la modalidad de constitución de las garantías en favor de los partícipes, todo ello para incentivar mayor competencia a nivel de la industria, al rebajar las barreras que existan para ingresar a ella.

Se les autoriza la realización de operaciones de **fusión y división** de fondos mutuos, con el objeto de crear nuevas instancias que apunten a disminuir los costos asociados al cierre y reapertura de nuevos fondos, lo que incrementa el grado de flexibilidad con que es posible acomodar las inversiones realizadas. Mejora los mecanismos de **divulgación de información** al exigir a las sociedades administradoras la entrega de información veraz, suficiente y oportuna, de forma que los partícipes de este mercado puedan tener un conocimiento más acabado acerca de la política de inversión, los niveles de riesgos asociados y la estructura de comisiones que ofrece cada fondo. Incrementa el nivel de **responsabilidad de directores** y administradores de la sociedad y regula sus formas de elección, a fin de evitar la elección de personas relacionadas con la sociedad administradora.

Finalmente, **flexibiliza las políticas de inversión** y los instrumentos en que pueden ser invertidos los dineros del fondo mutuo, estableciendo mayores grados de libertad para aquellos fondos dirigidos a inversionistas calificados, que por su mayor sofisticación poseen el conocimiento necesario para determinar el nivel de riesgo o el tipo de instrumentos en los que están dispuestos a invertir sus recursos.

c) Estas reformas se coronaron con los cambios introducidos por la Ley N° 20.190. Al modificar la Ley de Impuesto a la Renta, según lo que ya se explicó en lo que antecede, permite postergar el **impuesto a la ganancia de capital** al cambiarse de fondo mutuo o de sociedad administradora. Se evita así la tributación cuando se cambia de fondo mutuo y se mantiene la inversión en otro fondo mutuo, aunque no sea de la misma familia de administradores, ya que no corresponde pagar el impuesto por el mayor valor de la inversión. Se autoriza la 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.

Se vuelve a flexibilizar la regulación sobre **inversiones del fondo mutuo**, en cuanto al porcentaje de cuotas que pueden adquirir personas relacionadas a la administración del fondo, a la eliminación del límite por emisión y por emisor para la inversión en instrumentos de Estados con clasificación de riesgo igual o superior a Chile, y en cuanto se permite a los fondos mutuos invertir en bonos emitidos por entidades de su grupo empresarial, entre otras autorizaciones. Finalmente, se restablece la facultad de la SVS para establecer procedimientos alternativos de valoración de clasificaciones de riesgo para las inversiones de fondos mutuos.

11. Perfeccionamientos introducidos a la industria de los fondos de inversión

Si bien los fondos de inversión fueron autorizados en nuestro país a partir del año 1989, por Ley N° 18.815,²⁷ su verdadero desarrollo comenzó recién a fines de la década de los noventa.

En el último decenio, los perfeccionamientos de que ha sido objeto este marco regulatorio son los siguientes:

a) A partir de la vigencia de la Ley N° 19.705 sólo aquellos fondos que **afecten la fe pública** quedaron sujetos a las normas de la Ley N° 18.815. Establece como requisito para la permanencia en la industria la mantención de un número mínimo de 50 aportantes por fondo, o al menos un inversionista institucional. De tal manera, y bajo condiciones que garantizan una entrada igualitaria a la industria, sólo podrán mantenerse permanentemente en la industria aquellos fondos que afecten la fe pública, sea porque entre ellos haya más de 50 aportantes, sean personas naturales, jurídicas o comunidades, o sea porque entre ellos haya un inversionista institucional. Esta última hipótesis aparece justificada por el hecho de que se presume que el interés público y, por ende, la fe pública, están comprometidos en las inversiones llevadas a cabo por los inversionistas institucionales.

Se elimina la **categorización de los fondos de inversión** basada en su política de inversión y se entregan a los reglamentos internos las nuevas regulaciones. Se

²⁷ Ley N° 18.815, Regula Fondos de Inversión, Diario Oficial, 29 de julio de 1989. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

reemplaza el sistema de categorización de fondos existente a esa fecha, en base a su objeto de inversión –que distinguía los fondos de inversión mobiliarios, de desarrollo de empresas, inmobiliarios, de créditos securitizados e internacionales–, por otro que fija un marco legal amplio, con un concepto único de fondo de inversión, cuya política de inversión pasa a estar definida en el reglamento interno de cada fondo. Con ello, desaparecen las limitaciones que conllevaban la adopción de un determinado objeto de inversión por el reglamento interno del fondo, lo que impedía, por una mera restricción legal, que el fondo pudiera invertir en activos correspondientes a otro objeto de inversión, al mismo tiempo que se permite que los reglamentos internos puedan autorizar la inversión en activos correspondientes a distintos tipos de inversión.

Se **flexibiliza la administración** de los recursos de los fondos al permitir un nuevo régimen para emisiones de cuotas. Autoriza la posibilidad de endeudarse en emisiones de bonos locales e internacionales y permite la participación en la propiedad de cuotas de un fondo de inversión. Adecua, además, las normas para la inversión en títulos securitizados. Flexibiliza también la inversión de los recursos del fondo por la sociedad administradora, a través de dos vías. Por una parte, los propios aportantes pasan a ser los encargados de definir qué riesgos están dispuestos a tolerar, según la política de inversión que establezcan en el reglamento interno. Por la otra, se permite que los fondos puedan tener un comportamiento más dinámico y oportuno frente a los cambios que permanentemente impone el mercado, ya que cualquier limitación contenida en el reglamento interno del fondo que dificulte o impida la realización de negocios por parte del fondo podrá ser modificada por los aportantes, conforme el riesgo que estén dispuestos a asumir.

En suma, se **eliminan una serie de limitaciones** a la política de inversión contenidas a esa fecha en la ley, traspasándolas a los reglamentos internos, en términos de que cada fondo podrá establecer los límites relativos a la diversificación que estime adecuados a su propia política de inversiones, permitiendo a la Superintendencia establecer restricciones cuando se estime que así lo requiere el buen desempeño de la industria.

Finalmente, la Ley N° 19.705 permitió la creación de **fondos de inversión privados** para desarrollar por su intermedio la industria del capital de riesgo.

b) Manteniendo la consistencia con las reformas introducidas a las sociedades administradoras de fondos mutuos, prácticamente las mismas reformas introducidas por la Ley N° 19.769 a aquella industria se reproducen para los fondos de inversión. Mejora los mecanismos de **divulgación de información** exigible para los administradores. Incrementa el nivel de **responsabilidad de directores** y administradores de la sociedad y regula su forma de elección y

flexibiliza las políticas de inversión y los instrumentos en que pueden ser invertidos los dineros del fondo de inversión.

c) La Ley N° 20.190 permitió a las sociedades administradoras de fondos de inversión la **subcontratación de servicios externos** en cuanto quedaron facultadas para conferir poderes especiales o celebrar contratos por servicios externos para la ejecución de determinados actos, negocios o actividades necesarias para el cumplimiento del giro. Se **eliminan restricciones al endeudamiento** del fondo, condicionándolo a que se establezca un límite máximo en el reglamento interno del fondo de modo tal que estos puedan incrementar aun más su endeudamiento y por lo tanto aumentar la escala de los proyectos y la rentabilidad esperada del fondo.

Se restringe el desarrollo de **actividades inmobiliarias a través de fondos de inversión** por el mal uso que se hizo de este mecanismo. La posibilidad de que los fondos tanto públicos como privados inviertan directamente en actividades productivas inmobiliarias no fue la finalidad con que originalmente fueron creados. Lo que se permitió fue que los fondos de inversión desarrollen el negocio inmobiliario, pero sólo a través de su participación como aportantes de sociedades que desarrollen tal giro.²⁸

También se **elimina el tratamiento tributario de excepción** que en el hecho utilizaron los fondos de inversión. Dado que los fondos privados fueran usados como titulares directos de un negocio comercial o industrial, los empresarios que organizan su negocio bajo esta figura no pagaban el Impuesto de Primera Categoría. Se elimina, entonces, una asimetría tributaria que contradice la neutralidad que debe mantener el sistema impositivo.

Finalmente se establece un marco regulatorio para las administradoras de **fondos de inversión que sean filiales de bancos** con la finalidad de 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 financieros.

²⁸ Los fondos de inversión que a la fecha de publicación de la Ley N° 20.190 estaban desarrollando las actividades que esta ley prohíbe fueron cautelados al disponer una norma transitoria que tal prohibición regirá sólo 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.

12. Perfeccionamientos introducidos a la industria de los fondos de inversión de capital extranjero²⁹ y al depósito centralizado de valores³⁰

Las reformas introducidas al marco regulatorio de los fondos de inversión de capital extranjero han tenido por propósito adecuar su normativa a las modificaciones realizadas a los estatutos de regulación de los otros agentes de mercado. Hoy se les permite invertir en **cuotas de fondos de inversión** y los límites y diversificación de sus inversiones quedan sujetos en todo a las normas aplicables a los Fondos de Inversión regulados por la Ley N° 18.815. Se les permite también la **subcontratación de servicios externos** para conferir poderes especiales o celebrar contratos por servicios externos para la ejecución de determinados actos, negocios o actividades necesarias para el cumplimiento del giro.

En cuanto a las entidades de depósito y custodia de valores, por Ley N° 19.705 se permitió que también **fuera depositante** las administradoras de fondos de inversión, las administradoras de fondos de inversión de capital extranjero y las administradoras de fondos para la vivienda. Adicionalmente, se les permitió llevar por sí o a través de una filial, los registros de accionistas, de aportantes, de CDV, de valores extranjeros u otros similares.

Por último, por Ley N° 20.190, se les **amplia el giro** para realizar las actividades complementarias al objeto indicado en la ley que determine la Superintendencia de acuerdo a norma de carácter general y el **universo de títulos** que pueden recibir en depósito, en cuanto podrán serlo los valores de oferta pública inscritos en el registro de valores que lleva la SVS, 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. Se permite 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. 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. Se reconocen las **comunicaciones electrónicas** y se avanza hacia la automatización y la desmaterialización de los traspasos. Se le impone al CDV la obligación de **informar a la Superintendencia** el fundamento de las tarifas, dado que el servicio que prestan estas entidades no tiene competencia, por lo

²⁹ Ley N° 18.657, que autoriza la Creación de Fondos de Inversión de Capital Extranjero, Diario Oficial, 29 de septiembre de 1987.

³⁰ Ley N° 18.876, Establece el marco legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia de Valores, Diario Oficial, 21 de diciembre de 1989.

que deberán proporcionar un estudio tarifarlo, el cual será de conocimiento público, respaldando la estructura de remuneraciones a ser aplicadas por los servicios prestados.

13. Perfeccionamientos introducidos a la regulación de las compañías de seguros³¹

Sólo nos referiremos a las modificaciones que inciden directamente en el mercado financiero y no a aquellas relacionadas con los seguros propiamente tales.

a) Sin perjuicio de las reformas introducidas por la Ley N° 19.705, que básicamente estuvieron encaminadas a ampliar la gama de instrumentos financieros en que las compañías de seguros pueden mantener sus reservas técnicas, lo que tiene gran incidencia en el mercado financiero al aumentar el número de compradores potenciales de los papeles que allí se transan, fue la Ley N° 19.769 la que hizo cirugía mayor a la industria de los seguros.

Esta última permitió la incursión de las compañías de seguros en el fomento del **ahorro voluntario previsional**, a través de dos modalidades: por medio de filiales administradoras generales de fondos y a través de seguros de vida con componente de ahorro. Se les permitió también **adquirir mutuos hipotecarios endosables**, los que se pueden otorgar a personas naturales o jurídicas para fines de adquisición, construcción, ampliación o reparación de todo tipo de bienes raíces. Se **reestructura el régimen de inversiones**, en cuanto se aumentan los grados de libertad en la toma de decisiones de inversión, dotándolas, paralelamente, de un mayor grado de responsabilidad en la gestión de riesgos. Se incorporan nuevos instrumentos financieros y activos para ser adquiridos como reserva técnica y se amplían considerablemente los límites de inversión en fondos mutuos. En materia de **reservas técnicas**, se introdujeron dos conceptos nuevos: reserva de valor de fondo y reserva de descalce. Ambas resultan de suma importancia en seguros de rentas vitalicias o aquellos que incluyan un componente de ahorro. Adicionalmente se introducen mayores **requerimientos de información** al directorio de las entidades de seguros, sobre políticas de administración de riesgos, tanto técnicas como financieras y mayores **responsabilidades a la administración** y al directorio en materias relativas a la definición de políticas de inversión, cobertura de riesgo y sistemas de control. Finalmente, se perfeccionó la regulación de los auxiliares del comercio de seguros –corredores y liquidadores–, en el sentido de facilitar la

³¹ DFL N° 251, Ley de Seguros, Diario Oficial, 22 de mayo de 1931. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

posibilidad de hacer efectiva la garantía exigida a los corredores por el mal desempeño de su labor de intermediación, y de hacer más independiente de las compañías de seguros la labor de los liquidadores de siniestros.

b) Las Leyes 20.190 y 20.255 son las que han introducido las últimas modernizaciones a la industria de los seguros. Se reformó el procedimiento para **otorgar licencias** para operar compañías de seguros de vida en la idea de uniformar el proceso de otorgamiento de licencias para desarrollar actividades económicas en industrias reguladas. Hoy son 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.

Se ajusta la legislación de seguros a las exigencias impuestas por los **tratados de libre comercio** suscritos por el país, en cuanto a reconocer a otros países los mismos derechos y prerrogativas que aquellos le han reconocido al nuestro. Se permite 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. Se autoriza a cualquier persona natural o jurídica para contratar **libremente en el extranjero** toda clase de seguros, a excepción de los seguros obligatorios establecidos por ley y aquellos contemplados en el Decreto Ley N° 3.500, los que sólo podrán contratarse con compañías establecidas en el territorio nacional. También se autoriza 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 LSA..

Se amplía la **competencia de la SVS** para resolver controversias entre asegurados y aseguradores, sólo en seguros obligatorios, en cuanto se incrementa de 120 UF a 500 UF la cuantía de todas las disputas entre asegurado y compañía aseguradora sometidas obligatoriamente al arbitraje de la SVS. También se faculta a la SVS para **emitir pólizas** denominadas en pesos y 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 faculta a la SVS para que pueda ampliar **límites de inversión** para seguros con cuenta de inversión y APV (sólo compañías de seguros de vida). 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.

En suma, se amplían los instrumentos de inversión de la reserva técnica y se flexibilizan las operaciones de estas compañías, al entregar mayores facultades a la SVS.

Finalmente, la Ley N° 20.255 permite a las entidades aseguradoras **constituir filiales** como sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, las que deberán constituirse como sociedades anónimas especiales, sujetas en todo a las normas de la LSA. Ello claramente permitirá una mayor competencia en la industria de la administración de fondos de pensiones.

14. Perfeccionamientos introducidos a la ley de Mercado de Valores y a la estructura de la Superintendencia de Valores y Seguros

Sin perjuicio de lo dicho en lo que antecede en relación con las reformas introducidas a la LMV en materia de ofertas públicas de adquisición de acciones y de administradoras generales de fondos, son también relevantes los siguientes perfeccionamientos:

a) Por Ley N° 19.705 se incorpora un Título –el XXVI– nuevo por medio del cual se regula la **emisión de valores chilenos para ser colocados en el extranjero**, conocidos comúnmente como ADRs, cuyo tratamiento normativo a esa fecha se encontraba regulado sólo por la vía administrativa. Entre otros aspectos, se incorporó una norma –artículo 219– mediante la cual se evita que el controlador se haga del poder de voto de los tenedores de ADRs, salvo el caso en que hubiere recibido un apoyo expreso del depositario, el que a su vez cumple de ese modo la instrucción de su mandante. Se crearon también **nuevas figuras penales** en el artículo 60 de la LMV. Hasta antes de la reforma la LMV sancionaba penalmente el uso de información privilegiada sólo al limitado número de personas que son sujeto de la presunción establecida en el artículo 166, lo cual restringía la aplicación de sanciones penales a personas diversas de las allí mencionadas. Las prohibiciones y obligaciones genéricas establecidas en el artículo 165 de la LMV no tenían asociada una sanción penal, sino que sólo una de carácter administrativo. Con la inclusión de la nueva letra g), se hizo extensivo el delito de uso de información privilegiada a todos aquellos que *“en razón de su cargo o posición, actividad o relación”* tengan acceso a este tipo de información y negociaren valores respecto de los cuales la poseen. También se tipificaron como delitos la comunicación de información privilegiada y las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones que no se ajusten al Título XXV de la LMV y al procedimiento que allí se establece.

b) Sin perjuicio de otras reformas menores introducidas por la Ley N° 19.768 y la creación de las administradoras generales de fondos que son obra de la

Ley N° 19.769, el otro gran impulso modernizador a la LMV lo introduce la Ley N° 20.190. Con esta se permite la **desmutualización de las bolsas de valores**. Esto significa que para actuar como corredor de una bolsa de valores no se requiere tener la propiedad sobre una acción del respectivo centro bursátil. Hoy serán las bolsas de valores las que decidan si los corredores que intermedian en ellas deberán tener o no la calidad de accionista de la misma bolsa. Podrán surgir, por consiguiente, bolsas de valores que sólo admitan a corredores que tengan la calidad de accionistas de la misma, lo que tenderá a confundir a los propietarios del centro bursátil con los intermediarios que operan en el mismo. O también podrán existir centros bursátiles en donde la propiedad esté en manos de los accionistas y la intermediación en manos de los corredores. O por último, bolsas de valores que admitan tanto a corredores como inversionistas propietarios de acciones.

Al separar a las personas que tienen los derechos de propiedad de los que poseen los privilegios de transacción, puede ejercerse una mayor fiscalización y autorregulación, lo que reducirá el conflicto de intereses dentro de una bolsa estructurada como una mutual. La desmutualización permitirá realizar aumentos de capital que faciliten la obtención de recursos para realizar mejoras tecnológicas a los sistemas de transacción u otros fines.

Es nuestra opinión que la desmutualización de los centros bursátiles contribuirá significativamente al desarrollo del mercado de capitales, ya que una de las trabas que se habían detectado y que dificultaban su crecimiento era precisamente la excesiva rigidez existente en los centros de intermediación al tener que concurrir simultáneamente la calidad de corredor y accionista. Se crea el espacio para que se desarrolle un mercado por "el control" de los centros bursátiles, con todas las ventajas que ello trae aparejado, en términos de mayor eficiencia y disciplina de los órganos de administración de los mismos.

Se incrementan los **requerimientos técnicos para ser intermediario de valores**. Ahora se pide, además de haber aprobado el cuarto año medio o estudios equivalentes, acreditar los conocimientos suficientes de la intermediación de valores que en el caso de agentes de valores se efectuará en la forma y periodicidad que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general. En el caso de corredores de bolsa, la acreditación se efectuará ante la bolsa respectiva, cumpliendo con las exigencias que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general. Se precisa el **tipo penal** del artículo 60 de la LMV en cuanto tipifica como delito la conducta del que deliberadamente elimine, altere, modifique, oculte o destruya registros, documentos, soportes tecnológicos o antecedentes de cualquier naturaleza, impidiendo o dificultando con ello la fiscalización de la Superintendencia.

Se establece la **inembargabilidad de valores por deudas del intermediario**. En los juicios en que se persiga la responsabilidad de los agentes de valores, corredores de bolsa, bolsas de valores, bancos o cualquiera otra entidad legalmente autorizada que mantenga valores por cuenta de terceros pero a nombre propio o la ejecución forzada de las obligaciones de éstos con terceros o con depositantes, no se podrá, en caso alguno, embargar, ni decretar medidas prejudiciales o precautorias u otras limitaciones al dominio respecto de los valores que les hubieren sido entregados en depósito. Se fortalece la **seguridad en la custodia de títulos**, ya que se obliga a la sociedad administradora del fondo a encargar a una empresa de depósito de valores –Ley N° 18.876– el depósito de aquellos instrumentos que sean valores de oferta pública susceptibles de ser custodiados, facultando a la Superintendencia para establecer, mediante norma de carácter general, los títulos no susceptibles de ser custodiados por parte de las referidas empresas. Asimismo, se podrá autorizar, en casos calificados, que todos o un porcentaje de los instrumentos del fondo sean mantenidos en depósito en otra institución autorizada por ley. Reconoce **mérito ejecutivo a los títulos de emisiones de deuda de corto plazo** y permite la emisión de **títulos desmaterializados**. Se aumenta de uno a cuatro años el **plazo de prescripción de la acción indemnizatoria** por uso de información privilegiada.

Se flexibiliza el proceso de **inscripción de valores extranjeros** o el desarrollo de la llamada **Bolsa Off-Shore**. La ley permite la colocación y transacción directa de valores emitidos en el extranjero, o la colocación y transacción de Certificados de Depósito de Valores (CDV), que son documentos emitidos en el país por un depositario de valores extranjeros contra el depósito de títulos homogéneos y transferibles de un emisor extranjero. Con las reformas introducidas al título XXIV de la LMV se flexibilizó el proceso de registro de valores extranjeros en el registro de valores de la Superintendencia, permitiendo además un adecuado mecanismo de depósito y de custodia de dichos valores extranjeros.

En cuanto a la SVS, son las Leyes N°s 19.705 y 20.190 las que introdujeron significativas modificaciones al DL N° 3.538³² al agregar nuevas facultades y atribuciones para la Superintendencia. Entre estas cabe destacar aquella que le permite ordenar que **se rectifique o corrija el valor** en que se encuentran asentadas determinadas partidas de la contabilidad, cuando establezca que dicho valor no se encuentra registrado de acuerdo a normas dictadas por la Superintendencia, o a normas y principios contables de general aceptación. Estimar el **monto de los beneficios**, expresado en su equivalente en unidades

³² DL N°3.538, Crea la Superintendencia de Valores y Seguros, Diario Oficial, 23 de diciembre de 1980. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

de fomento, que hayan percibido los infractores al Título XXI de la LMV, que prohíbe la operación con información privilegiada.

Se incrementa el **monto de las multas** –hasta 15.000 UF– que puede aplicar y se hace de cargo de la SVS la **defensa judicial del Superintendente** en caso de ejercerse acciones judiciales en su contra por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo.

15. A la regulación de los bancos comerciales y a la estructura de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras se les han introducido los siguientes perfeccionamientos.³³

En la regulación de la industria bancaria el último salto modernizador que se dio en la década de los noventa fue el introducido por la Ley N° 19.528.³⁴⁻³⁵

a) La Ley N° 19.705 sólo se ocupó de regular el proceso de **fusión de bancos** comerciales. En este sentido, se estableció como exigencia básica la autorización previa de la Superintendencia para proceder a la fusión, la que podrá ser condicionada al cumplimiento de una o más de las exigencias que se consultan en el artículo 3 bis del DFL N° 3. La constatación por parte de la Superintendencia de las exigencias indicadas en la norma pretende evitar la concentración en la industria bancaria, cuanto ello importe un peligro para el sistema financiero.

b) Por su lado, la Ley N° 19.769 se ocupó de precisar algunos conceptos relacionados con el **patrimonio efectivo** y los límites de crédito. A esa fecha, la Ley General de Bancos reconocía un patrimonio efectivo a los bancos, que se conformaba principalmente con el capital pagado y reservas, que se denomina capital básico, y con bonos subordinados que puede emitir con tal objeto hasta por un 50% de ese capital básico. Sin embargo, la misma ley reducía esa posibilidad cuando el banco había efectuado inversiones en sociedades filiales en el país, en el extranjero o en sucursales en el exterior. Dichas inversiones se deducen del capital básico y no del patrimonio efectivo. Lo que permitió la Ley N° 19.969 fue que la deducción se efectúe del patrimonio efectivo, con lo cual los bancos que mantienen inversiones en sociedades podrán aumentar su capacidad de emisión de bonos subordinados que sirvan para su proporción

³³ DFL N° 3, de 1997, Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, Diario Oficial, 19 de diciembre de 1997.

³⁴ Ley N° 19.528, Introduce modificaciones a la Ley General de Bancos, Diario Oficial, 4 de noviembre de 1997.

³⁵ Un estudio más completo sobre las reformas introducidas por la Ley N° 19.528 puede consultarse en PFEFFER URQUIAGA, Francisco, PFEFFER URQUIAGA, Pedro, y otro (1998), *Ley General de Bancos* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.).

de patrimonio efectivo a activos ponderados por riesgo. En materia de **límites de crédito**, se suprimió la restricción que impedía utilizar como garantía las cartas de crédito cuando son emitidas por la casa matriz de un banco que tiene sucursal en Chile y en favor de esa sucursal, con lo cual se igualó el tratamiento de los bancos que tienen sucursales con los que tienen una filial, o no participan en el mercado bancario chileno.

c) Es la Ley N° 20.190 la que da otro gran impulso modernizador a la industria bancaria. Como ya se dijo en lo que antecede, se reformó el procedimiento para **otorgar licencias** para operar bancos comerciales en la idea de uniformar el proceso de otorgamiento de licencias para desarrollar actividades económicas en industrias reguladas, como lo son también la de seguros de vida y de administración de fondos de pensiones. Al igual como ocurre en la SVS, se establece que en caso de ejercerse acciones judiciales en contra del Superintendente por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, la Superintendencia de Bancos deberá **proporcionarle defensa**; y que esta defensa se extenderá para todas aquellas acciones que se inicien en su contra, incluso después de haber cesado en el cargo. Autoriza nuevas operaciones para el desarrollo del giro bancario, como lo son la operaciones con **productos derivados**, lo que permite cubrir los posibles riesgos que aparecen en cualquier operación financiera, estabilizando y por tanto concretando el costo financiero real de la operación. Se innovó en la llamada **reserva técnica** sobre los depósitos a la vista, en cuanto a que esta quedó asociada únicamente a obligaciones de corto plazo, se calcula en relación al patrimonio efectivo de los bancos y puede enterarse mediante instrumentos de carácter público suficientemente líquidos, y no sólo por aquellos que tengan un corto período de madurez.

Se eliminaron definitivamente la **sociedades financieras** al estimarse que su actividad había quedado ya subsumida completamente en la realizada por los bancos comerciales.

En materia de **funciones y atribuciones** de la Superintendencia de Bancos y con el objeto de velar por el cumplimiento de sus respectivos deberes de fiscalización, los Superintendentes de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones podrán compartir cualquier información, excepto aquella sujeta a secreto bancario y cuando la información compartida sea reservada, deberá mantenerse en este carácter por quienes la reciban. Además, para los efectos de la consolidación del banco matriz con sus sociedades filiales, la Superintendencia podrá solicitar directamente a estas sus estados financieros y revisar en ellas todas las operaciones, libros, registros, cuentas, documentos o informaciones que le permitan conocer su solvencia.

d) Finalmente, la Ley N° 20.255 permitió que los bancos pudieran constituir sociedades filiales de asesoría previsional a que se refiere el DL N° 3.500.

16. Nueva institucionalidad en materia de jurisdicción tributaria y aduanera

La Ley N° 20.322³⁶ introduce una nueva institucionalidad judicial en materia tributaria y aduanera.

Se materializa finalmente una vieja aspiración de contar con una jurisdicción especial, autónoma e independiente del Servicio de Impuesto Internos, con competencia específica para el conocimiento de materias tributarias y aduaneras. Ello a cargo de jueces tributarios y aduaneros y de salas especializadas en las diversas Cortes de Apelaciones del país.

III. Nueva institucionalidad de defensa de la libre competencia

Fue la Ley N° 19.911³⁷ la que introdujo sustanciales modificaciones a la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Reemplazó a las antiguas Comisiones Preventivas Regionales y Central y a la Honorable Comisión Resolutiva de Defensa de la Libre Competencia (HCR), por el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En el ámbito de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), eliminó a los Fiscales Regionales y los reemplazó por los denominados Fiscales Adjuntos.

En el ámbito sustantivo eliminó el delito de monopolio y explicitó de mejor manera (3, DLF N° 1)³⁸ los criterios conforme a los cuales deben analizarse las conductas que pueden llegar a ser contrarias al bien jurídico tutelado por esta legislación (libre competencia y eficiencia en los mercados).

La Ley N° 19.911 recogió una antigua aspiración de modernización de esta institucionalidad. Contar con un tribunal especial, independiente, calificado, con Ministros remunerados y con dedicación exclusiva a temas de su competencia.

³⁶ Ley N° 20.322, Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera, Diario Oficial, 27 de enero de 2009.

³⁷ Ley N° 19.911, Crea Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Diario Oficial, 14 de noviembre de 2003. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

³⁸ El DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, contiene el texto refundido del DL N° 211, de 1973, que establece normas de Defensa de la Libre Competencia, Diario Oficial, 7 de marzo de 2005. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

En la anterior HCR, sus miembros no tenían dedicación exclusiva (dos jefes de servicios, dos decanos de universidad y un Ministro de la Excma. Corte Suprema), no recibían remuneración adicional por su desempeño, no tenían la autonomía suficiente frente al Poder Ejecutivo ni tenían la preparación y especialidad requeridas para conocer de las materias de su competencia.

El nuevo TDLC satisface los requerimientos exigidos por las economías desarrolladas. En el nombramiento de sus Ministros participa tanto la Excma. Corte Suprema, como el Banco Central y la Presidencia de la República. Requiere de un concurso público de antecedentes en el cual hay que acreditar experiencia profesional y conocimientos especiales en materias de derecho económico y/o comercial para los miembros que son abogados (3) y especiales conocimientos en materia de competencia para quienes son economistas (2).

Los Ministros del TDLC son remunerados, gozan de inamovilidad por el tiempo de su nombramiento (6 años) y están sujetos a ciertas incompatibilidades que aseguran su independencia y autonomía.

Las dos grandes atribuciones del TDLC –existen otras descritas en el artículo 18– son: (i) actuar como tribunal propiamente tal, ejerciendo funciones jurisdiccionales al resolver controversias jurídicas entre partes, que podrán ser sólo particulares o el FNE enfrentado a particulares; y (ii) actuar como órgano consultivo preventivo o ad referéndum.

Cuando actúa como tribunal propiamente tal, el conflicto intersubjetivo de carácter concreto y de relevancia jurídica se resuelve por medio de una sentencia que necesariamente ha de ser fundada y deberá enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. Esta sentencia está precedida de un procedimiento –el descrito en los artículos 19 a 30 del DL N° 211– que garantiza a las partes el respeto a la garantía constitucional del justo y racional proceso. La sentencia dictada por el TDLC es susceptible de revisarse por la Excma. Corte Suprema si alguna de las partes o el FNE deduce el recurso de reclamación. El máximo tribunal de la República tiene atribuciones para ratificar la sentencia del TDLC, para modificarla o dejarla sin efecto.

El TDLC también puede actuar como órgano consultivo preventivo o ad-referéndum. Actúa como órgano administrativo consultivo preventivo cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos. Se trata de proyectos, esto es, de hechos, actos o convenciones aún no ejecutados que se consultan preventivamente ante el temor y la duda de que pudieran envolver situaciones contrarias a la libre

competencia. Es legitimado activo para formular esta consulta no contenciosa el FNE o cualquier interesado (consulta sobre una fusión, por ejemplo).

En el ejercicio de esta atribución también puede actuar como órgano consultivo ad referendum cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso ya existentes, que pueden infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos ya ejecutados o celebrados. Es una especie de ratificación sobre la licitud del hecho, acto o convención que ya se ha materializado, pero igualmente se consulta para obtener el visto bueno del TDLC. Al igual que en el caso anterior, es legitimado activo para formular esta consulta no contenciosa el FNE o cualquier interesado.

En este ámbito de atribuciones el TDLC no actúa como tribunal propiamente tal ni ejerce jurisdicción. No resuelve un conflicto entre partes ni dicta sentencia, por la muy simple razón de que no existe contienda ni tampoco hay partes en controversia. En esta función no hay litigio, no hay intereses contrapuestos que componer; no hay pretensión ni resistencia a ella. Actúa un "interesado" –no una parte– que presenta una "solicitud" –no una demanda– en que pide "para sí" o para la persona que representa –no contra otra parte– una determinada declaración que termina mediante una "resolución" y no con una sentencia.

En contra de la "resolución" que dicta el TDLC en el ejercicio de esta atribución no jurisdiccional no procede el recurso de reclamación, por lo que la Excma. Corte Suprema no interviene en este ámbito de materias, salvo un único caso. Este se produce cuando el TDLC autoriza o ratifica la ejecución del acto (un acuerdo de fusión, por ejemplo) y le fija condiciones conforme a las cuales se debe ejecutar el acto autorizado. En este único caso se puede deducir el recurso de reclamación de que conoce la Excma. Corte Suprema sólo para que esta última revise las condiciones y requisitos que fijó el TDLC. No para pronunciarse sobre el acto en sí mismo (es nuestra opinión que no podría la Corte Suprema dejar sin efecto una autorización de fusión dada por el TDLC).³⁹

De otro lado, la FNE es el órgano del Estado encargado de promover y defender la competencia en los mercados. Su rol principal es velar por el interés general de la colectividad de que exista competencia cierta y efectiva en todos los mercados, ya que ello es bueno para los consumidores y la economía del país. Para tal propósito cuenta con amplias atribuciones de investigación y puede

³⁹ El proyecto de ley que modifica al DFL N° 1, de 2005, que contiene el texto refundido del DL N° 211, de 1973, y que a la fecha de entrega de este comentario aún no ha sido publicado, modifica en este aspecto el texto del DL N° 211, en el sentido de hacer procedente la interposición del recurso de reclamación en contra de la resolución del TDLC que resuelve una consulta.

hacerse parte en todo proceso que conozca el TDLC o iniciarlo directamente mediante la presentación de un requerimiento ante ese tribunal.

En suma, desde una perspectiva institucional, el sistema creado por la Ley N° 19.911 para tutelar la libre competencia en los mercados representa un significativo avance y coloca a nuestro país a la altura de las naciones más desarrolladas. Hoy se cuenta con un tribunal (TDLC) independiente, profesional, especializado y con dedicación exclusiva. Se dispone de una agencia estatal (FNE) con amplias atribuciones de investigación. Y de las resoluciones dictadas por el TDLC en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales –y también de las dictadas cuando actúa como órgano consultivo preventivo–, se puede recurrir a la Excm. Corte Suprema, a una sala especializada en temas económicos y regulatorios, lo que es garantía de total imparcialidad en el juzgamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que a la fecha de preparación de este comentario, fue aprobado por el H. Congreso Nacional el proyecto de ley que introduce diversos perfeccionamientos a esta institucionalidad. No obstante que este proyecto de ley aún no ha sido publicado, al encontrarse sometido al control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, conviene precisar, por los significativos cambios que le introduce, los principales aspectos que se modificarán.

- a) Reduce de cuatro a dos el número de Ministros suplentes;
- b) Incrementa significativamente las inhabilidades e incompatibilidades para ser miembro integrante del Tribunal, sea en calidad de titular o suplente;
- c) Permite la reelección de los miembros del Tribunal por un solo periodo sucesivo;
- d) Precisa el monto de las remuneraciones de los miembros del Tribunal;
- e) Incrementa de dos a tres años el plazo de prescripción de las acciones para hacer efectiva la responsabilidad por infracción al DL N° 211. Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción;
- f) Introduce diversos perfeccionamientos a las normas del procedimiento contencioso. Faculta al Tribunal para no admitir a tramitación una demanda o requerimiento con vicios que no fueren subsanados dentro de tercero día; faculta al Tribunal para notificar la interlocutoria de prueba, si no lo hicieren

las partes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la fecha de su dictación; reduce a tres el número de testigos a presentar por cada punto de prueba; faculta al Tribunal para disponer el registro de todas las audiencias a que hubiere lugar en forma íntegra, por cualquier medio que asegure su fidelidad, entre otros perfeccionamientos;

g) Incrementa el monto de las multas a aplicar hasta la cantidad de treinta mil unidades tributarias anuales. Precisa que las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas;

h) Elimina la exigencia de consignación para reclamar de la multa aplicada;

i) Introduce diversos perfeccionamientos al procedimiento no contencioso que regula el artículo 31;

j) Permite la interposición del recurso de reclamación de que conoce la Excm. Corte Suprema en contra de la resolución de término de un procedimiento consultivo;

k) Somete el nombramiento del Fiscal Nacional Económico al sistema de selección de altos directivos públicos previstos en el párrafo 3° del Título VI de la ley N° 19.882,⁴⁰ el que durará cuatro años en su cargo, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez;

l) Precisa las únicas causales que posibilitan el cese de funciones del Fiscal Nacional Económico, que son el término del período legal de su designación, la renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República, la destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones, y la incapacidad;

m) Incrementa la facultades del FNE, en cuanto le permite disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis –que se refiere a la nueva figura de la delación compensada–,

⁴⁰ Ley N° 19.882, Regula nueva política de personal a los Funcionarios Públicos que indica, Diario Oficial, 23 de junio de 2003. Cada vez que en el texto de este trabajo se cite el cuerpo legal indicado en esta nota, remítase el lector a la información de esta nota sobre su contenido y fecha de publicación.

o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía;

n) Permite que el FNE, en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°,⁴¹ solicite, mediante petición fundada y con la aprobación previa del TDLC, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a: (i) entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; (ii) registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; (iii) autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y (iv) ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella. Para otorgar esta autorización, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de estas facultades. En la autorización se deberá especificar con precisión la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar. La Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado;

ñ) En caso que la Fiscalía no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades exigidas en la ley, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones que dio la autorización, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes;

o) Los resultados de las actuaciones que no se ajusten a las formalidades indicadas no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el Tribunal, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido

⁴¹ La nueva letra a) del artículo 3° del DFL N° 1, de 2005, que contiene el texto refundido del DL N° 211, de 1973, sobre Normas de Defensa de la Libre Competencia, dispone "a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación".

los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma ya señalada, por el Ministro de Corte de Apelaciones referido;

p) Permite a la FNE suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados. El TDLC tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición;

q) Permite, al ejecutor de una de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° del DFL N° 1 acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables (más conocida como delación compensada). Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y 3. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud. Igualmente, para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos ya señalados, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada. También, para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos referidos, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a estos beneficios.

En suma, un conjunto de reformas y modificaciones que van en línea con la idea de perfeccionar esta institucionalidad y de entregar las necesarias y suficientes herramientas para concluir con éxito las investigaciones iniciadas por la FNE.

IV. Desafíos pendientes

Sin perjuicio de los avances que progresivamente habrá que seguir introduciendo, en cuanto a eliminar trabas y barreras que dificultan la fluidez y rápida circulación de los capitales, a establecer mayores y más eficiente incentivos tributarios y a perfeccionar las estructuras existentes o crear las nuevas que sean necesarias, es nuestra opinión que también se debe avanzar en los siguientes tres ámbitos de materias.

a) Creación de Tribunales Económicos

Creemos que uno de los aspectos aún pendientes de modernización y perfeccionamiento en el ámbito económico y financiero es definitivamente el relacionado con la instalación de una jurisdicción especial con competencia específica para conocimiento de conflictos económicos, financieros, tributarios y, en general, comerciales.

A partir del establecimiento del TDLC cobró fuerza la idea de crear también tribunales especiales para conocer de materias tributarias y aduaneras, cuestión que se hizo realidad a partir de la vigencia de la Ley N° 20.322, de enero del año 2009.

Se sabe que la especialización es garantía de eficiencia, rapidez y oportunidad en el juzgamiento. Jueces con destrezas y habilidades derivadas del conocimiento profundo de ciertas áreas del saber, estarán, que duda cabe, en mejores condiciones de entender y resolver con oportunidad y eficiencia la controversia que se les presenta.

El establecimiento de tribunales con competencia específica para conocer de controversias originadas por aplicación de normas cuya fiscalización se entrega a la Superintendencia de Valores y Seguros, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a la Superintendencia de Pensiones, al Servicio de Impuestos Internos, al Servicio Nacional de Aduanas, a la Fiscalía Nacional Económica, o al Banco Central, entre otras, importará contar con jueces con especiales conocimientos en materias económicas, financieras, tributarias, bancarias y comerciales, que serán garantía de un juzgamiento ágil, rápido y oportuno.

No debe olvidarse que la problemática involucrada en la gran mayoría de los conflictos que se derivan de la aplicación de las normas y cuerpos legales cuyo control se entrega a los órganos del Estado antes mencionados, son de por sí complejas y de difícil entendimiento. Además, se trata de controversias en donde las más de las veces las materias involucradas son interdisciplinarias y

aparecen estrechamente vinculados aspectos de orden comercial, tributario, económico, financiero, etc.

El criterio jurídico que aplica un juez para la resolución de este tipo de controversias debe ser comprensivo de una clara apreciación económica y comercial del conflicto que se pretende resolver. El contexto financiero, económico o comercial en que tal controversia se desarrolla es muchas veces de tal relevancia, que no puede ser una cuestión ajena al enfoque jurídico empleado en su resolución.

Un correcto juzgamiento supone una visión integrada del conflicto. Y en ello cobra relevancia la capacidad del juez de entender el entorno económico y comercial en que se encuentra inserta la controversia que se le pide resolver.

No es fácil contar con una judicatura especializada en estos temas. Es una cuestión de largo aliento que se va formando con el estudio, la experiencia, la resolución de casos anteriores, etc.

Es nuestra opinión que estructurar una jurisdicción especial con competencia específica para conocer de controversias económicas, en los términos antes comentados, no es una cuestión de difícil implementación. Por el contrario, a partir de las estructuras en actual operación es perfectamente posible montar el sistema de los tribunales económicos.

Desde luego, el grueso de los conflictos de esta naturaleza que serían de conocimiento de esta judicatura especial, ocurren en la Región Metropolitana. De consiguiente, la mayoría de los jueces de primera instancia deberán estar instalados en esta región. En el resto del territorio nacional, habrá que instalar jueces de primera instancia a partir del número de conflictos de esta entidad que en el pasado se han presentado. Hoy día esta información está perfectamente estandarizada y a partir de ella se puede decidir con precisión en qué puntos del territorio nacional se requieren más o menos jueces de primera instancia.

Para la Región Metropolitana –que concentra la mayoría de los conflictos de esta naturaleza– la segunda instancia estaría a cargo del actual TDLC. Bastaría con incrementar el número de Ministros de este tribunal y dividir su trabajo en cuatro salas especializadas. Una, para temas de libre competencia y de derechos de los consumidores. Otra para cuestiones tributarias y aduaneras. Una tercera para asuntos bancarios y de valores, y una cuarta para temas comerciales misceláneos.

Haría las veces de tribunal de casación para esta judicatura especial la actual 3ª sala de la Excm. Corte Suprema, que ha venido adquiriendo con el tiempo una gran experiencia en temas económicos y regulatorios.

Una estructura como la que se sugiere, proyectada en el mediano plazo, permitirá contar progresivamente con jueces altamente especializados y calificados en el entendimiento de conflictos de naturaleza económica, lo que sin duda hará más certera, expedita y oportuna la administración de justicia en estos aspectos.

b) Supervisión consolidada del mercado financiero a cargo de un órgano colegiado. Comisión Nacional de Supervisión del Mercado Financiero (CNSMF).

Las agencias del Estado que en la actualidad están a cargo de supervisar la correcta aplicación de la LMV, de la Ley General de Bancos y del DL N° 3.500, y en general de controlar las actuaciones de los diversos agentes que operan en los mercados financieros, son la Superintendencia de Valores y Seguros, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones.

En todos estos casos, la jefatura del servicio es de carácter unipersonal.

Cada una de estas entidades tiene potestad normativa en el ámbito de su competencia y tiene amplias facultades para vigilar el comportamiento de los agentes que operan en sus respectivos radios de acción. Adicionalmente, cada una de estas agencias del Estado está dotada de potestad sancionadora, lo que se traduce en la facultad que tiene cada Superintendente para aplicar sanciones –siendo la multa la más habitual– cada vez que constate la infracción de normas colocadas bajo su fiscalización.

Es sabido que hay más peligro para una actuación arbitraria cuando la decisión la adopta una entidad con gobierno unipersonal.

Es también sabido que existe una creciente y progresiva integración de los mercados financieros tanto a nivel nacional como internacional. Ello significa que los efectos originados por la actuación de agentes económicos en un ámbito específico del mercado, rápidamente se comunican a otros sectores en donde también producen efectos.

Frente a tal realidad, la visión del supervisor debe ser integral e integrada y considerar el efecto global que una decisión, actuación u operación originará en el mercado.

Tal propósito se alcanza con el manejo consolidado de la información. Sólo así es posible saber y conocer lo que está ocurriendo en cada parte del mercado.

La carencia de una supervisión consolidada de todos los agentes que operan en el mercado financiero puede llegar a constituir una debilidad del sistema. No siempre existe el nivel adecuado y suficiente en el cruce de información, lo que impide saber qué fenómeno o efecto se está incubando en un determinado ámbito del sector financiero.

La crisis económica internacional que aún sigue golpeando al planeta es señal de que una supervisión consolidada, con visión integrada e integral de los efectos que una actuación o decisión produce en el mercado global, pudo probablemente haber atenuado los desastrosos efectos producidos por aquella.

Es nuestra opinión que la supervisión consolidada e integrada del mercado financiero sólo se consigue con la creación de una estructura de control a la cual se incorporen los supervisores encargados de fiscalizar cada una de las áreas que forman parte del mercado.

Creemos nosotros que la estructura más eficiente para fiscalizar consolidadamente el funcionamiento del mercado financiero debe estar constituida por una Comisión Nacional de Supervisión del Mercado Financiero (CNSMF).

Esta debería estar integrada por los Superintendentes de Valores y Seguros, de Bancos e Instituciones Financieras y de Pensiones. La jefatura de esta comisión a cargo de un presidente, que tendría voto dirimente. Todos ellos nombrados de acuerdo con el sistema de selección de altos directivos públicos previstos en el párrafo 3° del Título VI de la Ley N° 19.882.

Esta Comisión mantendría las mismas atribuciones que hoy están radicadas en las respectivas Superintendencias. El responsable directo del ejercicio de tales atribuciones y de la supervisión por área sería el Superintendente del sector. A esta Comisión habría que dotarla de mayor potestad normativa. Muchas de las reformas que requiere el funcionamiento eficiente del mercado retardan más de lo aconsejable, dado que ellas son materia de ley. En la idea de agilizar la incorporación a norma reglamentaria de los cambios que requiera la dinámica y extrema rapidez con que se mueven los mercados, será esta Comisión la que se encargue de dictar aquella normativa.

Dentro de esta estructura, debe también existir un comité de sanciones integrado por tres miembros, uno de cada Superintendencia integrada a la Comisión. Su labor principal sería la de decidir la aplicación de sanciones que sugiera el departamento de investigaciones de cada Superintendencia. La reconsideración de la sanción aplicada por este comité sería de conocimiento de la Comisión Nacional.

Es nuestra opinión que hay más ventajas que desventajas en un sistema como el que se ha esbozado en lo que antecede.

Desde luego, mucho menor espacio para la discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones de evidente significación económica. La discusión en un cuerpo colegiado con alto nivel de especialización de sus integrantes, es garantía de que las resoluciones allí adoptadas resulten enriquecidas por el debate.

Adicionalmente, una visión integral, integrada y consolidada de la información originada en cualquier ámbito del sector financiero, permite la adopción de medidas efectivas y oportunas.

Por último, una mayor independencia entre el órgano sancionador y el revisor de la misma será también garantía de imparcialidad en el juzgamiento.

c) Avanzar con más entusiasmo y rapidez en la implementación de mecanismos de autorregulación

El Comité de Autorregulación de la Bolsa de Comercio de Santiago fue creado mediante acuerdo de junta de accionistas de la Bolsa de abril de 2006.

Sus objetivos son conocer y resolver los reclamos que se susciten entre los corredores de la Bolsa, o entre uno o más de éstos y sus clientes, o entre un corredor y la Bolsa, por infracciones a sus Estatutos, al Reglamento de la Bolsa, a las leyes o a las normas impartidas por la Superintendencia; y ejercer la supervigilancia preventiva o correctiva del mercado, en orden al respeto de sus cualidades de ser equitativo, competitivo, ordenado y transparente, pudiendo adoptar acuerdos, ordenar auditorías y hacer sugerencias a la propia Bolsa, a sus autoridades y ejecutivos y a los propios corredores.

En el ejercicio de sus funciones ha aprobado unas "Recomendaciones sobre normas de conductas para los corredores de bolsa" y unas "Reglas para prevenir y combatir el uso de información privilegiada y la manipulación de mercado".

Por su lado, mediante normas de carácter general números 210 y 211, de 15 de enero de 2008, la SVS ha establecido normas para la publicidad de políticas y procedimientos relativos al manejo y divulgación de información al mercado. A partir de esta iniciativa las sociedades anónimas fiscalizadas debieron presentar sus manuales de procedimiento en que definen las políticas de las empresas en el manejo de la información y su divulgación al mercado. Además establecen el sistema de sanciones para el evento de que tales compromisos no sean respetados.

Ambas iniciativas han resultado ser efectivas y eficientes. La primera se origina exclusivamente en el sector privado. La segunda es promovida por la autoridad.

Dos ejemplos claros de que el mecanismo de la autorregulación funciona cuando hay voluntad para que así sea.

Es nuestra opinión que prácticamente todos los espacios disponibles para la autorregulación no han sido utilizados por el sector privado.

Es nuestra percepción de que el sector privado no ha visualizado aún con profundidad las ventajas de todo orden que significa generar mecanismos de autorregulación. Se fortalecen las confianzas de los ahorrantes, inversores, accionistas y en general de todos quienes participan en el mercado de capitales. Cuando se instala la idea de que son los pares los que con rigor castigan las actuaciones indebidas de quienes participan en una industria, se fortalecen las confianzas públicas.

Asociaciones gremiales que se formen en la industria de las compañías de seguros, las administradoras de fondos de pensiones, de fondos mutuos, de fondos de inversión o administradoras generales de fondos, podrían ser la instancia a partir de la cual se formarían comités de autorregulación, tal como lo hizo la Bolsa de Comercio.

A partir de tales estructuras, algunas operativas en la actualidad y en todo caso sin gran dificultad para su conformación, podrían montarse mecanismos de autorregulación que sólo reportarán beneficios para quienes procedan de esa forma.

Avanzar en la implementación de diversos mecanismos de autorregulación sólo traerá ventajas para el mercado.

Bibliografía

1. PFEFFER URQUIAGA, Francisco, y PFEFFER URQUIAGA, Germán (2002), *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales* (Santiago, LexisNexis), Tomo I.
2. PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2001): "Nuevas regulaciones en las tomas de control y oferta pública de adquisición de acciones", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1: pp.113-141.
3. LEFORT, Fernando, y WIGODSKI, Teodoro (2008): "Una mirada al Gobierno Corporativo en Chile, casos emblemáticos", Ediciones Universidad Católica de Chile.
4. PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2000): "Nuevas normas sobre Gobiernos Corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 3: pp. 485-499.
5. PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2007 y 2008): "Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK2", primera y segunda parte, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 16: pp. 247-290 y N° 17: pp. 315-349.
6. MANUAL DE OPERACIONES DE VENTA CORTA Y PRÉSTAMO DE ACCIONES Y OTROS ACTIVOS FINANCIEROS, aprobado mediante resolución exenta N° 014 de fecha 13 de enero de 2003, de la SVS.
7. PFEFFER URQUIAGA, Francisco, PFEFFER URQUIAGA, Pedro, y otro (1998), *Ley General de Bancos* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.).

NORMAS

1. Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores, Diario Oficial de 22 de octubre de 1981.
2. Ley N° 18.046, Ley de Sociedades Anónimas, Diario Oficial de 22 de octubre de 1981.
3. Ley N° 18.815, Regula Fondos de Inversión, Diario Oficial de 29 de julio de 1989.
4. Ley N° 18.657, que autoriza la creación de Fondos de Inversión de Capital Extranjero, Diario Oficial de 29 de septiembre de 1987.
5. Ley N° 18.876, Establece marco legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia de Valores, Diario Oficial de 21 de diciembre de 1989.
6. Ley N° 19.528, Introduce modificaciones a la Ley General de Bancos, Diario Oficial de 4 de noviembre de 1997.
7. Ley N° 19.705, Regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (Opas) y establece Régimen de Gobiernos Corporativos, Diario Oficial de 20 de diciembre de 2000.
8. Ley N° 19.768, Introduce adecuaciones de índole tributaria al Mercado de Capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario, Diario Oficial de 7 de noviembre de 2001.

9. Ley N° 19.769, Flexibiliza las inversiones de los Fondos Mutuos y Compañías de Seguro, crea la Administradora General de Fondos, facilita la internacionalización de la banca y perfecciona leyes de Sociedades Anónimas y de Fondos de Inversiones, Diario Oficial de 7 de noviembre de 2001.
10. Ley N° 19.795, Modifica DL N° 3.500, en materia de Inversión de los Fondos de Pensiones, Diario Oficial de 28 de febrero de 2002.
11. Ley N° 19.882, Regula nueva política de personal a los Funcionarios Públicos que indica, Diario Oficial de 23 de junio de 2003.
12. Ley N° 19.911, Crea Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003.
13. Ley N° 20.190, Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el Fomento de la Industria de Capital de Riesgo y continúa el proceso de modernización del Mercado de Capitales, Diario Oficial de 5 de junio de 2007.
14. Ley N° 20.255, Establece Reforma Previsional, Diario Oficial de 17 de marzo de 2008.
15. Ley N° 20.322, Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera, Diario Oficial de 27 de enero de 2009.
16. Ley N° 20.343, Modifica distintos cuerpos legales con el objeto de mejorar las condiciones de financiamiento para personas y empresas, Diario Oficial de 28 de abril de 2009.
17. DL N° 824, Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta, Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974.
18. DL N° 825, Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974.
19. DL N° 3.475, Impuesto de Timbres y Estampillas, Diario Oficial de 04 de septiembre de 1980.
20. DL N° 3.538, Crea la Superintendencia de Valores y Seguros, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1980.
21. DFL N° 251, Ley de Seguros, Diario Oficial de 22 de mayo de 1931.
22. DFL N° 3, de 1997, Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, Diario Oficial de 19 de diciembre de 1997.
23. DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, contiene texto refundido del DL N° 211, de 1973, que establece normas de Defensa de la Libre Competencia, Diario Oficial de 7 de marzo de 2005.

Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (período 1999-2009)¹

Sergio Huidobro Martínez

Profesor Titular de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En las próximas páginas haremos mención a las principales modificaciones introducidas durante los últimos diez años al Libro I del Código Penal, recordando algunos de los argumentos y explicaciones dados durante la tramitación de los proyectos de ley respectivos y haciendo algunos comentarios respecto de las modificaciones que en definitiva se plasmaron en el Código.

Las leyes que en este período han modificado a nuestro Libro I del Código Penal han sido las siguientes: **Ley N° 19.734** (del 05 de junio de 2001), **Ley N° 19.806** (del 31 de mayo de 2002), **Ley N° 19.927** (del 14 de enero de 2004), **Ley N° 19.975** (del 05 de octubre de 2004), **Ley N° 20.066** (del 07 de octubre de 2005), **Ley N° 20.084** (del 07 de diciembre de 2005) y **Ley N° 20.253** (del 14 de marzo de 2008).

Para no dejar nada en el olvido, haremos el análisis ley por ley.

1. Ley N° 19.734, publicada en el Diario Oficial del 05 de junio de 2001 y que derogó la pena de muerte

Esta ley –cuyo origen estuvo en una moción del Senador Juan Hamilton (Boletín N° 2367-07) mediante la cual se pretendió derogar la pena de muerte de todo

¹ Artículo preparado para la Revista *Actualidad Jurídica* del mes de julio de 2009, por el profesor de Derecho Penal de la Facultad de la UDD en Santiago, Sr. Sergio A. Huidobro M., en colaboración con el ayudante de la cátedra, Sr. Pablo F. Huidobro M.

nuestro ordenamiento jurídico—² **modificó**, en el Libro I del Código Penal, los artículos 21, 27, 59, 66, 68, 75, 77, 91, 94 y 97; **derogó** los artículos 82 a 85, y **creó** el artículo 32 bis.

A) En términos generales, las **modificaciones** consistieron en eliminar de los preceptos las referencias a la pena de muerte, sustituyéndola por la de **presidio perpetuo calificado**.

Lo anterior ocurrió, por ejemplo, en el **artículo 21**, referido a la Escala General de las Penas, en este caso, las de los crímenes. También en el **artículo 59**, referido a las Escalas Graduales para la determinación de las penas y en el **inciso 2° del artículo 77**. Por último, en el **artículo 91 inciso 2°**, referido a los que después de haber sido condenados por sentencia ejecutoriada cometen otro crimen o simple delito, la **modificación** consistió en que cuando el nuevo crimen debe penarse con presidio o reclusión perpetuos y ya se halla cumpliendo una de esas penas, **en vez de poder imponérsele la pena de muerte o bien agravársele la pena perpetua con las de encierro en celda solitaria hasta por un año e incomunicación hasta por seis años con personas extrañas al establecimiento penal, sólo se le puede aplicar la de presidio perpetuo calificado**.

B) A su vez, hubo otros artículos en los que la **modificación** consistió simplemente en **eliminar la referencia a la pena de muerte**, como ocurrió con el **artículo 27**, que **eliminó** la referencia a esta pena —en la medida que no se ejecutara al condenado— como una de aquellas que conllevan otras penas accesorias. Por su parte, en los **artículos 66 y 68** se eliminó la posibilidad de imponer la pena de muerte cuando, no concurriendo ninguna circunstancia atenuante, pero sí una o dos agravantes, respectivamente, se llegara al grado máximo de la pena constituido por la de muerte. En el **artículo 75**, que trata del llamado concurso ideal de delitos,³ se eliminó de su inciso 2° la frase que permitía aumentar la pena a la de muerte. Por último, en los **artículos 94 y 97**, que tratan de la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, se eliminó la referencia a la pena de muerte para efectos de la fijación del tiempo de dichas prescripciones.

C) En lo que se refiere a artículos derogados por esta Ley 19.734, consistente con la idea de eliminar del Código a la pena de muerte, se derogaron los **artículos 82 a 85**, que establecían la forma y procedimientos para ejecutar dicha pena.

² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

³ En estricto rigor, la doctrina está de acuerdo que sólo la primera parte del inciso primero de este artículo trata del concurso ideal, mientras que la segunda parte trata del concurso real.

D) Finalmente, como sustitución de la pena de muerte, se creó el **presidio perpetuo** calificado en el **nuevo artículo 32 bis**, que estableció que el mismo importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se señala en el mismo artículo y consistente, en lo esencial, en que: **a)** sólo se puede acceder a la libertad condicional transcurridos 40 años de privación de libertad efectiva, dándose además cumplimiento a las otras normas que ahí se indican; **b)** No se tiene derecho a beneficios que importen libertad transitoria, salvo los casos ahí indicados; **c)** no lo favorecen leyes de amnistías ni indultos generales, salvo que le sean expresamente aplicables, dándose además una norma especial respecto del indulto particular.

Como comentario general a esta ley, podríamos señalar que no obstante haber significado una adecuación de nuestra legislación al proceso universal de humanización de las penas y al Pacto de San José de Costa Rica,⁴ parece lamentable que no haya logrado la derogación de la misma de todo nuestro ordenamiento jurídico y la haya dejado vigente en el Código de Justicia Militar y en algunas leyes especiales para los delitos que pudiesen cometerse en tiempo de guerra, sin distinguirse siquiera entre guerra externa o interna.⁵

2. Ley N°19.806, publicada en el Diario Oficial del 31 de mayo de 2002, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal

Esta ley modificó una gran cantidad de cuerpos legales –el Código Penal entre otros– para efectos de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal a lo largo de nuestro territorio nacional.

En lo que se refiere al Libro I de nuestro Código Penal, la Ley N° 19.806 **derogó y modificó** algunos preceptos, según se indica a continuación.

A) Dentro de las causales **eximentes de responsabilidad penal** tratadas en el **artículo 10**, **derogó el inciso 2° de la circunstancia 3ª** que establecía: “El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele”.

⁴ La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, estableció en su artículo 4 y como expresión del derecho a la vida, disposiciones tendientes a la abolición de la pena de muerte.

⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

El **inciso 1º**, que se mantuvo igual, disponía que estaba exento de responsabilidad criminal: "Nº 3. El mayor de 16 años y menor de 18, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento".

Según da cuenta el Primer Informe de la Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, la razón de la derogación del inciso 2º antes mencionado estuvo en que se estimó inoficioso considerar en esta disposición sustantiva del artículo 10 del Código Penal una materia de índole procesal orgánico, desde el momento en que la Ley de Menores, en virtud de las modificaciones que sufriría a raíz de esta misma ley adecuatoria, señalaría con claridad el tribunal competente para pronunciarse sobre ese discernimiento.

En efecto, dependiendo de la gravedad de los hechos cometidos por el menor, el pronunciamiento respecto de su discernimiento lo haría el Juez de Letras de Menores (si el hecho era grave) o el de Garantía (si el hecho era de una gravedad menor).⁶

Como veremos más adelante, el trámite del discernimiento fue finalmente eliminado por la Ley N° 20.084, del 07 de diciembre de 2005.

B) En lo que se refiere a las **atenuantes** tratadas en el **artículo 11**, reemplazó la del **Nº 9**, que establecía: "Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión", por la siguiente: "**Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos**".

Sobre este punto, el Primer Informe de la Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado declaró que, dado que en el nuevo régimen procesal no sólo se excluye a la confesión como medio de prueba, sino que no admite que se llegue a acusar a alguien con el único mérito de este antecedente, resulta inadecuado mantener esta atenuante en la forma actual, incluso aunque haya querido sustituirse el término "procesado" por "imputado".

Señala también este Informe que, consultado el profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Sr. Antonio Bascuñán Rodríguez, además de ser coincidente con la opinión antes señalada, propuso como modelo el Código Penal austríaco de 1974, que en la parte

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Página 207 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

pertinente contiene una atenuante que señala: *“Cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad”*.

Por su parte, el Ministerio Público sugirió dejar en claro que la atenuante se extendería al aporte de antecedentes a la investigación que haga el imputado y que hubieren contribuido determinadamente al esclarecimiento de los hechos.

Sobre esas bases, la Comisión propuso entonces la **sustitución de la atenuante del N° 9**, por la que actualmente contiene nuestro Código y que en definitiva deja entregada a los jueces del fondo la decisión respecto a si la colaboración fue lo suficientemente *“sustancial”* como para configurar la atenuante.

C) En el **artículo 18**, que establece el principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal, **modificó el inciso 3°** referido a los efectos de una ley penal más favorable para el imputado. Lo que se hizo en este caso fue **sustituir** la obligación del tribunal de primera instancia que hubiera pronunciado una sentencia que debiera ser modificada por haberse dictado posteriormente una ley que eximiera o asignara al condenado una pena menos rigurosa (ley más favorable), debiendo hacerlo de oficio o a petición de parte y **con consulta** a la Corte de Apelaciones respectiva, por la misma obligación, **pero** ahora imperante **tanto** para el tribunal que hubiera dictado esa sentencia en primera como en **única instancia, y eliminándose el trámite de la consulta**.

Esta modificación proviene de la consulta efectuada al profesor Sr. Raúl Tavolari, por la Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, según da cuenta el Primer Informe de esta Comisión. El profesor Tavolari advirtió que si la sentencia era dictada por un Tribunal Oral en lo Penal, la misma sería de única instancia, mientras que si era dictada por un Tribunal de Garantía en un Procedimiento Abreviado, cabría la apelación, con lo que habría ahí dos instancias, en cuyo caso la modificación del fallo le correspondería al de primera instancia.⁷ De este modo, debían cubrirse las dos alternativas, que fue lo que en definitiva se hizo con la modificación.

D) En el **artículo 20**, referido a las medidas o sanciones que no se reputan *“penas”*, **sustituyó** la expresión *“la restricción de libertad de los procesados”*, por la expresión *“...la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales”*.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Página 209 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

E) En el **artículo 26**, referido a la duración de las penas temporales, sustituyó la expresión “**procesado**” por “**imputado**”, quedando entonces este artículo con el siguiente tenor: “*La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado*”.

F) En el **artículo 40 inciso 2º**, referido a las consecuencias que la pena de suspensión de cargo y oficio público y profesión titular, decretada durante el juicio, trae para el enjuiciado criminalmente, también se **sustituyó** la expresión “**procesado**”, por “**imputado**”.

La Comisión de Constitución prefirió utilizar la expresión “**imputado**” en vez de “**responsable**”, que se había propuesto en el Primer Trámite Constitucional, ya que la norma apunta a la calidad procesal y no a la participación que le haya cabido a una persona en los hechos, la que se determinaría en la sentencia definitiva.⁸

G) En los **artículos 52 inciso 2º y 76** se **sustituyeron** las expresiones “**procesado**” por “**condenado**” y “**acusado**”, respectivamente.

H) En el **artículo 91 inciso 1º**, referido a los que después de condenados delinquen de nuevo, se **sustituyó** la expresión “**ejecutoria**” por “**ejecutoriada**”, quedando la disposición con el siguiente tenor: “Los que después de haber sido condenados por sentencia **ejecutoriada** cometieren algún crimen o simple delito...”.

I) En el **artículo 93**, referido a las causales de extinción de responsabilidad penal, **sustituyó** en el **numeral 1º** las expresiones “**procesado**” por “**responsable**” y la frase “... **recaído sentencia ejecutoria**”, por “... **dictado sentencia ejecutoriada**”.

Así, la exigente quedó del siguiente tenor: “La responsabilidad penal se extingue: **Nº 1** Por la muerte del **responsable**, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento **no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada**”.

El reemplazo en los **artículos 91 y 93** de las expresiones “**sentencias ejecutorias**” por “**sentencias ejecutoriadas**” tuvo su razón de ser en que nuestros ordenamientos procesales utilizan este último vocablo.

⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley Nº 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Página 210 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

J) En el artículo **100 inciso 1°**, referido al cómputo de la prescripción de la acción penal y de la pena respecto de sujetos que se ausentaren del territorio de la República, **sustituyó** la expresión **“inculpado”** por **“responsable”**, quedando el inciso 1° con el siguiente tenor: *“Cuando el **responsable** se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años”*.

K) En el artículo **102**, referido a la obligación del tribunal de declarar de oficio la prescripción, **sustituyó** la expresión **“procesado”** por **“imputado o acusado”**, quedando entonces el precepto con el siguiente texto: *“La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el **imputado o acusado** no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio”*.

L) En el artículo **103 inciso 1°**, relativo a las consecuencias de la presentación voluntaria o forzada del responsable respecto de una prescripción de la acción penal o la pena en que ha transcurrido más de la mitad de su tiempo, **sustituyó**, la expresión **“inculpado”** por **“responsable”**, quedando entonces el inciso 1° del precepto con el siguiente texto: *“Si el **responsable** se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos...”*.

Como se ve, gran parte de estas modificaciones (las mencionadas en las letras D, E, F, G, I, J, K y L anteriores) tuvieron como objeto –según se señaló en el Primer Informe de la Comisión de Constitución– *“...reemplazar a lo largo de todo el articulado del Código Penal una serie de expresiones propias del actual procedimiento que será derogado, por lo que quedarán caducas en la nueva regulación. Es lo que acontece, principalmente, con los conceptos de “inculpado”, “reo”, “procesado”, que deberán ser reemplazados por los de “imputado o acusado” u otros (“responsable”, por ejemplo), según corresponda”*.⁹

De ese modo, lo que se hizo al modificar los artículos 20, 26, 40 inc. 2°, 52 inc. 2°, 76, 91 inc. 1°, 93 N° 1, 100 inc. 1°, 102 y 103 inc. 1°, no fue sino adecuar la terminología del Libro I del Código Penal a la nomenclatura del nuevo Código Procesal Penal.

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 63 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

3. Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial del 14 de enero de 2004, que modificó el Código Penal en materia de delitos de pornografía infantil

Esta Ley N° 19.927, que tuvo por objeto principal castigar de manera más eficaz los delitos de pornografía infantil, también incorporó cambios al régimen general de los delitos sexuales (cambió incluso el nombre del epígrafe del Título VII del Libro II, que pasó a denominarse “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”) y, para lo que nos interesa en este trabajo, creó una **nueva pena** en el Libro I, a la que nos referiremos a continuación.

A) En el artículo 21, que contiene la Escala General de las penas, **agregó** como nueva **pena** para los **crímenes** y para los **simples delitos** la de “Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en **ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad**”.

B) Además, **creó el nuevo artículo 39 bis** para indicar cuáles son los **efectos de la pena** antes mencionada y que consisten en: **1) La privación** de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado; y **2) La incapacidad para obtener** los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionadas antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, indicando desde cuándo se cuenta ese tiempo.

Señala por último este artículo 39 bis, que la pena de inhabilitación de que trata tiene una **extensión** de 3 años y 1 día a 10 años y es **divisible** en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales.

C) Por último, en el artículo 90, que establece las penas que se aplican a los que quebrantan sus condenas, incorporó en el N° 5 a los que quebrantan la condena de inhabilitación para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Esta ley se dictó, entre otras razones, frente a la constatación de la cada vez más proliferante utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico, que, aprovechando los avances tecnológicos, especialmente el tráfico a través de Internet, proveía de una cada vez mayor cantidad de sujetos demandantes de esa producción. Además, por haberse descubierto redes de personas que consumían, almacenaban y comercializaban esa producción, varias de las cuales desarrollaban trabajos que les permitían mantener un contacto cercano y permanente con menores de edad (por ejemplo, chóferes de furgones escolares) o realizaban labores en recintos o establecimientos que

recibían a esos menores (por ejemplo, profesores de establecimientos educacionales, deportivos, etc.)

Pensamos que no obstante pueda haber quienes aún pidan una respuesta penal más amplia y enérgica frente a este tipo de delitos, esta ley fue una correcta reacción frente a un fenómeno desenmascarado –valga la pena decirlo– con ayuda de los programas periodísticos televisivos.

4. Ley N° 19.975, publicada en el Diario Oficial del 05 de octubre de 2004, que modificó el Código Penal en materia de uso y porte de armas

Coincidente con lo señalado en el Mensaje del Ejecutivo con que se dio inicio al proyecto de esta ley, no sólo se modificó una de las agravantes que hacía mención al uso de armas (**artículo 12 N° 6**), sino que también se estableció un nuevo delito de porte de arma blanca en ciertos lugares de acceso público (**artículo 288 bis**). Además, se creó una nueva agravante relativa al uso de armas (**artículo 12 N° 20**). No se modificó, en cambio, la circunstancia 11ª del artículo 12, que hacía referencia a la “*gente armada*”.

Esta Ley se motivó en que de acuerdo a las cifras manejadas por la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior, el año 2001 en el 5,5% de los delitos de connotación social denunciados en la Región Metropolitana se utilizó un arma de fuego. Esto llevaba a la idea de que los delitos en que se utilizasen estas armas debían tener penas más altas que las vigentes hasta ese momento.¹⁰

Las modificaciones, entonces, fueron las siguientes:

A) Se eliminó la referencia al **uso de armas** que contemplaba la **circunstancia 6ª del artículo 12**, referido a las circunstancias **agravantes** de la responsabilidad penal.

En efecto, **antes de esta supresión** la agravante estaba establecida de este modo: “Son circunstancias agravantes: **N° 6** Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o **de las armas**, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”.

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.975. Mensaje del Ejecutivo. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 5 de 161. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19975/HL19975.pdf>

La **razón** que se da en el Mensaje del Ejecutivo para eliminar la expresión “de las armas” en este precepto, es que esta circunstancia solía no ser considerada o se entendía incorporada en la descripción de la figura típica.¹¹ En este segundo caso y según lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal, no procedía entonces aumentar la pena, puesto que se habría vulnerado el principio del *non bis in idem*.

Además, indica el Mensaje, para que con la incorporación de la circunstancia 20ª no hubiera dudas respecto de cuándo aplicar una u otra.

Por otra parte, cabe recordar que muchas veces no se aplicaba esta agravante, puesto que la jurisprudencia, basada en las discusiones doctrinarias, entendía que el uso de las armas equivalía a una forma de asegurar el resultado del delito, lo que equivalía a la “alevosía”, agravante ya contemplada en el N° 1 del artículo 12. O bien, entendía que permitía provocar un mayor sufrimiento en la víctima, lo que se equiparaba al “ensañamiento”, ya contemplado en el N° 4 del artículo 12.

B) Se creó la nueva circunstancia agravante del N° 20 del artículo 12 consistente en: “Ejecutarlo (el hecho) portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132”.

De acuerdo al Mensaje antes comentado, se tuvo en consideración la especial peligrosidad que reviste para la víctima de cualquier delito el que el hechor sea portador de ese tipo de armas, dadas las mayores posibilidades que dicho porte dan al delincuente para la comisión del ilícito, así como el mayor riesgo para la integridad física de la víctima.¹²

En general, estamos de acuerdo con las modificaciones introducidas por esta ley, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de eliminar la alusión al uso de las armas del artículo 12 N° 6, por constatarse que en la práctica no tenía mayor aplicación.

¹¹ Ídem nota anterior.

¹² Ídem nota anterior.

5. Ley N° 20.066, publicada en el Diario Oficial del 07 de octubre de 2005, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar

La letra a) del artículo 21 de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, incorporó en la **circunstancia atenuante N° 4 del artículo 11 del Código Penal al “conviviente”** como una de aquellas personas que, habiendo sido víctimas de una ofensa grave, permiten la rebaja de la pena respecto del autor que comete el delito en vindicación próxima de dicha ofensa.

Así, la **circunstancia 4ª** quedó del siguiente tenor: “La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge o su **conviviente**, a sus parientes legítimos por consanguinidad...”.

Pensamos que la incorporación del conviviente en esta circunstancia atenuante tuvo la misma motivación que la que lo incluyó –a través de esta misma Ley N° 20.066– como una de las víctimas del **parricidio** en el artículo 390 de nuestro Código Penal.

En efecto, en ambos casos estimamos que el legislador no hizo más que sincerar la situación de facto en que consiste la convivencia como realidad social-familiar y que estadísticamente representaba una cifra lo suficientemente alta como para que ya no fuera posible omitir hacer referencia legal a ella.

Por otra parte y como bien se observa cuando se hace referencia a la incorporación del conviviente en el parricidio (se señala que respecto de su muerte y del mismo modo que ocurre con la muerte de alguien con quien se está unido por vínculo de sangre o conyugal, hay un mayor injusto y un mayor reproche, ya que social y políticamente resulta más grave matar a alguno de ellos que a un extraño), pensamos que esa misma connotación social y política permite entonces incorporar al conviviente en esta atenuante.

Sin embargo y dado que la ley no otorga una definición de conviviente, creemos que lo más difícil será –tanto para esta atenuante como para el parricidio– determinar a partir de qué momento y en qué circunstancias alguien deberá ser considerado conviviente. Al efecto, algunas sentencias recaídas en procesos por parricidios (pero que para estos efectos nos sirven) ya han esbozado que para poder hablar de conviviente habrá que cumplir con una serie de características, tales como la estabilidad del vínculo, un proyecto de vida en común y la unión afectiva entre el autor y la víctima (entre el autor y la persona en cuya vindicación se actúa en el caso de la atenuante que nos ocupa). Así, respecto de la estabilidad del vínculo, se ha dicho, por ejemplo, que en otros ordenamientos jurídicos se exigen períodos superiores a tres años de convivencia. Por

otra parte, se ha dicho también que la residencia en un mismo inmueble no resulta suficiente para acreditar una convivencia.¹³

6. Ley N° 20.084, publicada en el Diario Oficial del 07 de diciembre de 2005, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal

El artículo 60 de la Ley N° 20.084, que establece un **Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal**, también conocida como "**Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil**", **modificó el N° 2 y eliminó el N° 3, ambos del artículo 10 del Código Penal**, referido a las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal. Además, **suprimió el inciso 1° del artículo 72.**

A) Respecto de la **circunstancia 2ª del artículo 10**, sustituyó la eximente de responsabilidad criminal consistente en ser menor de 16 años, por otra –no eximente de responsabilidad penal, sino otorgante de un estatuto de responsabilidad especial– aplicable a los menores de 18 años y mayores de 14, quienes, de cometer delitos, quedan regidos por el estatuto de responsabilidad penal establecido en la Ley N° 20.084.

En el Mensaje del Ejecutivo con que se dio inicio a la tramitación de esta ley, se señaló que se decidió fijar el límite en los 14 años siguiendo las tendencias del derecho comparado y la posición de la doctrina que recomendaba no fijar este límite a una edad muy temprana, renunciando así el Estado a toda forma de reacción coactiva en el supuesto de comisión de un delito por un menor de esa edad.¹⁴ Cabe señalar en esta parte que a lo largo de nuestra historia legislativa, en reiteradas ocasiones ya se había modificado la edad mínima de responsabilidad penal.

Por lo anterior, el Proyecto de Ley definió a los adolescentes como las personas mayores de 14 y menores de 18 años, estando esto de acuerdo con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 40.3 letra a) exige "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales".

¹³ Corte de Apelaciones de Iquique (2007): Rol I. Corte N° 71-2007, 09 de agosto de 2007.

¹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.084. Mensaje del Ejecutivo. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 10 de 1.207. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

Además, el estatuto de responsabilidad aplicable a estos adolescentes se basó en el principio según el cual se les considera sujetos que si bien son irresponsables como adultos, se les puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo.

B) Además de lo anterior, **derogó la circunstancia 3ª**, que eximía de responsabilidad penal a los mayores de 16 años y menores de 18, a no ser que constara que habían obrado con discernimiento.

Respecto del **discernimiento**, el Mensaje Presidencial de esta ley señaló que como sistema para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad penal de las personas, era un criterio abandonado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, por ser un concepto impreciso y de muy difícil determinación que provocaba decisiones jurisdiccionales excesivamente discrecionales. Se dijo también que nuestra legislación carecía de una definición del discernimiento, así como de una indicación respecto de cuáles son los elementos que el juez –de Menores o de Garantía– debía considerar para fundamentar su pronunciamiento.¹⁵

Nos llama la atención que al efectuar estas modificaciones no se haya mantenido la técnica legislativa de señalar expresamente que desde ahora en adelante quedarían totalmente exentos de responsabilidad penal los menores de 14 años, para aplicarse –como sí se indica– el estatuto especial de responsabilidad criminal a los menores entre 14 y 18 años de edad.

C) Respecto del **inciso 1º del artículo 72**, relativo a la aplicación de las penas a los menores de 18 años y mayores de 16 que no estuvieran exentos de responsabilidad criminal por haber obrado con discernimiento según declaración del tribunal respectivo (Tribunal de Menores o de Garantía), la Ley N° 20.084 lo **derogó**.

Lo anterior, por cuanto la mencionada Ley 20.084, tal como ya señalamos, trasladó la responsabilidad penal de los menores de entre 14 y 18 años a su propia normativa, y eliminó el trámite del discernimiento.

¹⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.084. Mensaje del Ejecutivo. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 10 de 1.207. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

7. Ley N° 20.253, publicada en el Diario Oficial del 14 de marzo de 2008, que modifica el Código Penal (y el Código Procesal Penal) en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de la policía

El artículo 1° de la Ley N° 20.253, también conocida como la “Agenda Corta Antidelincuencia”, introdujo las siguientes modificaciones a los artículos 10, 12 y 92 del Libro I del Código Penal.

A) En el artículo 10 circunstancia 6ª inciso 2°, referido a la llamada “legítima defensa privilegiada”, se sustituyó la referencia al artículo 365 inciso 2°, por los artículos 362 y 365 bis, extendiendo entonces la operatividad de la presunción legal en esta causal de justificación.

Conviene hacer presente que esta modificación en nada afectó al alcance de la presunción legal referida, la que, según una parte de la doctrina, sólo podría estar referida (como máximo) a las circunstancias segunda (necesidad racional) y tercera (falta de provocación suficiente) del art. 10 N° 4 CP, y en caso alguno a la circunstancia primera (agresión ilegítima) del mismo artículo, que como hecho conocido constitutivo de la presunción es el que permite la operatividad de esta última.¹⁶

Respecto de los artículos incorporados por la modificación, el **artículo 365 inciso 2°** hacía referencia a la llamada “**violación sodomítica**”, que consistía en el acceso carnal entre varones sin el consentimiento de la víctima y que a raíz de la modificación introducida por la **Ley N° 19.617**, del 12 de julio de 1999, había sido eliminada del artículo 365 para pasar a formar parte del artículo 361 referido a la violación.

A su vez, el **artículo 362** se refiere a la llamada “**violación impropia**”, que es aquella que se realiza contra personas menores de 14 años, debiendo recordarse que la **Ley N° 19.927**, del 14 de enero de 2004, aumentó la edad de la víctima de este delito de 12 a 14 años.

Finalmente, el **artículo 365 bis**, que también fue incorporado por la **Ley N° 19.927**, del 14 de enero de 2004, tipifica el llamado delito de “**abusos sexuales agravados**” consistente en una acción sexual –definida en el artículo 366 ter– que consista en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o utilizando animales en ello.

¹⁶ Departamento de Estudios/Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Nacional, marzo 2008. Minuta Informativa sobre la Ley N° 20.253, que Modifica el Código Penal y el CPP en Materias de Seguridad Ciudadana (Agenda Corta).

Lo que hizo entonces la **Ley N° 20.253** fue actualizar la legítima defensa privilegiada respecto de los nuevos delitos sexuales de nuestro Código Penal.

B) En el **artículo 12 circunstancias agravantes N°s 15 y 16**, consistentes en las llamadas "**reincidencias impropias**", se introdujeron las siguientes **modificaciones**:

En la circunstancia agravante del **N° 15**, doctrinariamente conocida como "**Reincidencia Propia Genérica**", se sustituyó la palabra "**castigado**" por la palabra "**condenado**". Así, ahora este **N° 15** dice: "*Haber sido **condenado** el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*".

A su vez, la modificación al **N° 16** del mismo artículo, referida a la denominada "**Reincidencia Propia Específica**", consistió en la sustitución de la frase: "*Ser **reincidente en delito de la misma especie***", por la frase "*Haber sido **condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie***".

Como se ve, a partir de estas modificaciones pasaron a ser "**reincidentes**" no aquellos que hubieren **cumplido** la pena impuesta ("**castigados**"), sino que aquellos que sólo hubieren sido **condenados** por un delito. Es decir, se "**adelantó**" la categoría de reincidente, ya que desde esta ley en adelante, para tener esta calidad y ver, en consecuencia, agravada la pena que se imponga por el delito cometido, no será necesario haber cumplido la pena anterior, sino que bastará con haber **recibido una condena**, aunque ésta no se haya cumplido. Con esto además se objetivizó la norma, dado que ya no se podrá volver a discutir –como se hacía hasta antes de esta ley– respecto de qué significa ser reincidente.

Dicho de otro modo, las modificaciones en esta materia pretendieron hacer aplicables las agravantes de reincidencia (tanto genérica como específica) a quien, de acuerdo al entender doctrinal y jurisprudencial de la antigua normativa, no era considerado sujeto idóneo de ésta. En este sentido el término "**castigado**" –utilizado tanto en el artículo 12 N° 15 y artículo 92 del Código Penal (en su redacción previa a la modificación que ahora se analiza)– estaba referido a aquel que había cumplido material y efectivamente la condena, excluyéndose por lo tanto a quien había sido beneficiado con indulto, remisión condicional de la pena o con libertad vigilada.¹⁷

C) Finalmente, la **modificación al artículo 92**, ubicado en el párrafo relativo a las penas en que incurrir los que durante una condena delinquen de nuevo,

¹⁷ Departamento de Estudios/Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Nacional, marzo 2008. Minuta Informativa Sobre la Ley N° 20.253, que Modifica el Código Penal y el CPP en Materias de Seguridad Ciudadana (Agenda Corta).

reemplazó en el inciso 1° la expresión “cumplido” por “impuesto”, quedando entonces la norma con el siguiente texto: “Si el nuevo delito se cometiere después de haberse impuesto una condena...”.

A su vez, en los N°s 2 y 3 de este artículo 92, sustituyó las frases “ha sido castigado”, por “ha sido condenado”.

Estos cambios se hicieron con el fin de darle coherencia y sistematicidad a la modificación del artículo 12 N°s 15 y 16. Caben aquí los mismos comentarios hechos respecto de las modificaciones a dichos N°s 15 y 16 del artículo 12.

Algunos comentarios finales

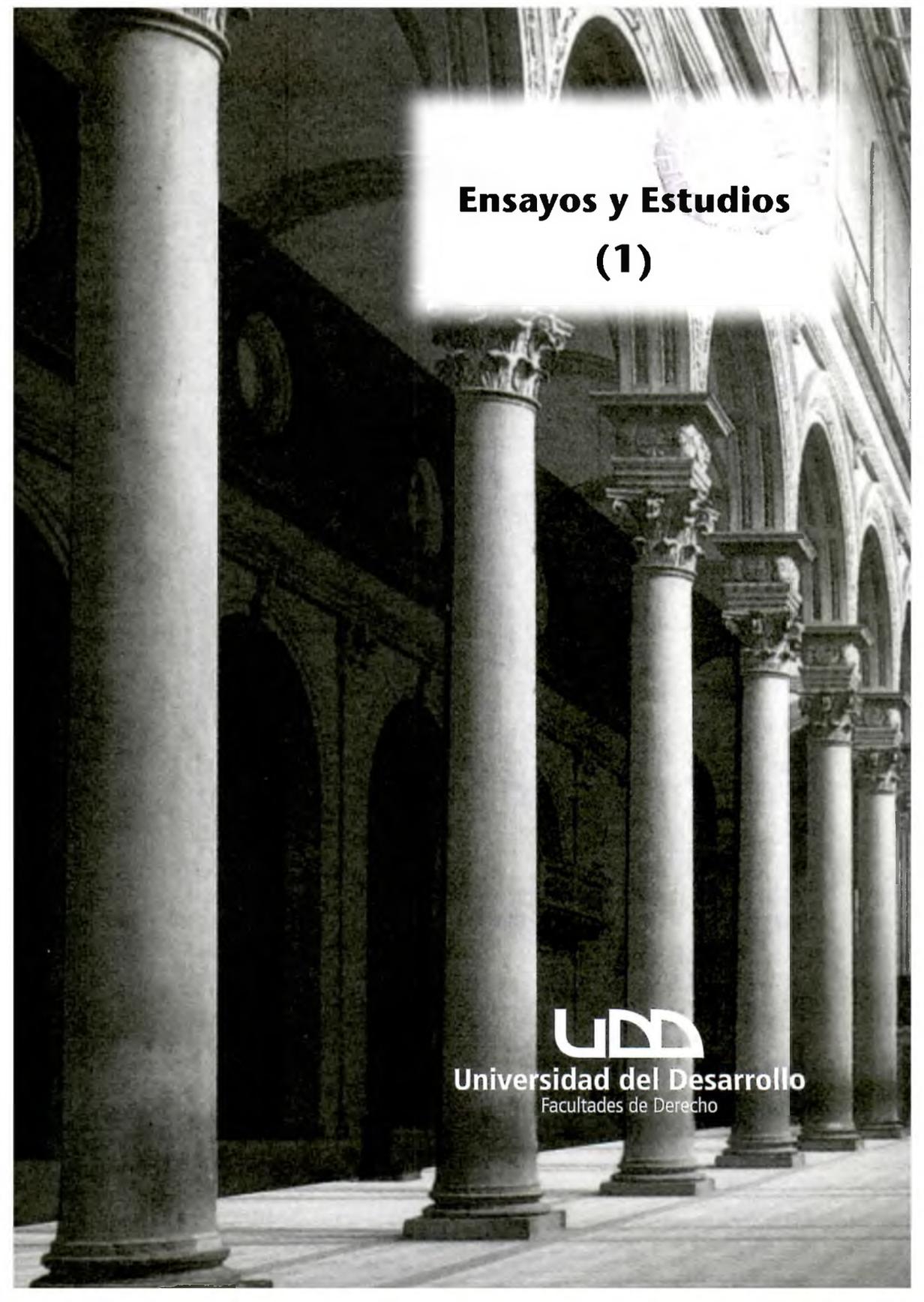
Como se ve, las modificaciones que se han introducido durante los últimos 10 años al Libro I (Parte General) de nuestro Código Penal han dicho relación, especialmente, con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, con la eliminación y creación de penas y con la adecuación de los preceptos a la nomenclatura de la Reforma Procesal Penal. En este sentido, pensamos que las modificaciones han sido, en la mayoría de los casos, las adecuadas.

Sin embargo –y esto cabe no sólo para las modificaciones al Libro I, sino que para las de todo el resto del Código–, no debemos olvidar que estos esfuerzos legislativos han venido efectuándose sobre un cuerpo normativo que comenzó a regir en 1874, es decir, hace 135 años.

Por lo anterior, no obstante las más o menos correctas modificaciones que se hayan hecho a su respecto en estos últimos 10 años, pareciera que para contar con un Código Penal completamente cohesionado, sistemático y capaz de responder adecuadamente a la realidad chilena de este siglo XXI, sería conveniente reformular uno totalmente nuevo.

Para estos efectos, y teniendo presente el esfuerzo que ya se hizo hace unos pocos años por el que se denominó “Foro Penal” para la creación de un nuevo Código Penal, y que se encuentra a la espera de su tramitación en el Congreso Nacional, pareciera que, desde estas líneas, no nos cabe más que expresar nuestras más sinceras esperanzas de que exista la voluntad política de tramitar y aprobar ese cuerpo normativo a la brevedad posible.

De no ser así, no sólo seguiremos con un sistema de “parches” a nuestro Código, sino que además se habrá echado por la borda todo el tiempo de trabajo, esfuerzo y dedicación de los mejores penalistas de nuestro país que dieron origen a ese Proyecto de Código Penal.



Ensayos y Estudios (1)



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, ha suscitado una serie de problemas interpretativos que deberán dilucidar los Tribunales de Justicia a través de su jurisprudencia. En un trabajo anterior sobre este tema,¹ señalábamos que dicha normativa se inspira en diez principios básicos: i) de trascendencia social; ii) de trascendencia individual; iii) de protección; iv) de preservación de la vida común; v) de continuidad en el ejercicio de los derechos y deberes que nacen de la filiación; vi) de solución integral; vii) de concentración; viii) de control de los acuerdos adoptados por los cónyuges; ix) de acuerdos completos y eficientes; y x) de degradación paulatina de la relación matrimonial. Desde esta perspectiva, se visualiza claramente una cierta propensión del legislador por conservar el vínculo matrimonial y preservarlo de las crisis que puedan producirse con el correr del tiempo, haciendo realidad la aspiración del “matrimonio para toda la vida”. Asimismo, en el evento de una ruptura, lo que se persigue es resolver, en las instancias judiciales pertinentes, todos los aspectos que envuelve la suspensión o disolución del vínculo, en el entendido de que, en cuanto menos focos de conflictos y tensiones subsistan, mejor será la calidad de vida de quienes se hallen envueltos en esta situación. En alguna medida, los principios enunciados contribuyen a dilucidar y solucionar los problemas que acarrea este nuevo estatuto. El llamado “principio de protección”, en virtud del cual las materias reguladas en la Ley de Matrimonio Civil deben ser resueltas **“cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”**, constituye un mandato excepcional que jerarquiza los intereses en juego, haciendo prevalecer, en caso de conflicto, el interés superior de los hijos y del cónyuges desfavorecido (“más débil”) en la relación matrimonial. A nuestro juicio, ello implica la intención explícita del legislador de que el matrimonio sea siempre una fuente de igualdad y equilibrio entre marido y mujer y nunca un medio que aprovechamiento o ventajas para ninguno de los involucrados. Asimismo, el “interés superior de los hijos” se privilegia porque comprende, como es obvio, el interés de ambos cónyuges en igual medida.

¹ “Ley de Matrimonio Civil”. Pablo Rodríguez Grez. Curso de Actualización Jurídica. “Nuevas tendencias en el derecho civil”. Páginas 9 a 59. Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Año 2004.

Es curioso constatar que según muchos comentaristas la Ley de Matrimonio Civil (LMC) no ha enmendado la definición del artículo 102 del Código Civil. No parece consecuente afirmar que se trata de un contrato "indisoluble", en circunstancias de que se ha introducido el divorcio con disolución del vínculo, incluso por voluntad unilateral de uno de los cónyuges. Sin embargo, nosotros no somos partidarios de introducir una modificación en este sentido. Lo anterior porque el ideal del legislador, sin la menor duda, es que efectivamente el matrimonio perdure durante toda la vida de los contrayentes. De aquí que se haya establecido, como se advirtió, una degradación progresiva del vínculo (exigiendo una infracción grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o la separación de cuerpos por un cierto lapso de tiempo). Por otra parte, el divorcio es una institución de excepción, que sólo puede operar por voluntad de una o ambas partes, cuando concurren condiciones específicas (tales como un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas entre los cónyuges y con respecto a sus hijos). Finalmente, es frecuente en nuestra legislación que un contrato que se celebra por un plazo determinado o por toda la vida de los contratantes cese con antelación, si concurre una causal legal. Así, por ejemplo, el artículo 2065 del Código Civil, según el cual el contrato de sociedad puede celebrarse sin expresar un plazo o condición para que tenga fin, caso en el cual "se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia". Lo propio puede decirse de lo previsto en el artículo 770 del Código Civil en lo que concierne al derecho de usufructo. Por consiguiente, no es necesario enmendar la redacción del artículo 102 del Código Civil, ello no tiene efecto práctico alguno.

No es efectivo, como más de alguien ha señalado, que se haya introducido en el matrimonio el llamado mutuo disenso, resciliación o anulación convencional de que trata el artículo 1567 inciso 1° del Código Civil. El divorcio de común acuerdo es la mejor forma de encarar una situación de ruptura irremediable, cumpliéndose las exigencias y requisitos legales, todos los cuales tienden a evitar daños al núcleo familiar y reordenar las relaciones entre quienes fundaron una familia y cohabitaron durante un determinado lapso. El matrimonio no es un mero contrato, es una **institución**. Si se define en el Código Civil como un contrato solemne, éste no puede asimilarse a los contratos patrimoniales, a lo más a una convención de familia y, en este último caso, sus caracteres le imprimen rasgos peculiares y específicos. El divorcio de común acuerdo, por ende, no constituye una resciliación ni se funda en el ejercicio de la autonomía privada.

I. La familia: reconocimiento y composición

Como cuestión primordial debemos comenzar por señalar que la característica más importante de esta institución –el matrimonio– reside en el hecho de que todas las disposiciones que lo regulan son de “orden público”. Ello implica reconocer que en la constitución, funcionamiento, suspensión y disolución del vínculo matrimonial está comprometido el interés general de la sociedad y no sólo el de los contrayentes y su descendencia. Por lo mismo, todas las normas que integran la Ley de Matrimonio Civil son irrenunciables e inmodificables por voluntad de las partes. Por lo mismo, debe destacarse que prima en él el interés común y no el interés individual.

Lo que advertimos en lo precedente tiene un fundamento constitucional, vale decir, de la máxima jerarquía jurídica. En efecto, el matrimonio es la forma ordinaria y normal de fundar una familia. Existe, por ende, una relación directa entre *matrimonio* y *familia*. Basta para ello invocar lo que sobre el particular establece el artículo 102 del Código Civil. Los objetivos del matrimonio son regularmente tres: **convivencia, procreación y auxilio recíproco**. Ahora bien, la Carta Política establece, en su artículo 1° inciso 2°, que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Se trata, en consecuencia, de un cuerpo social intermedio primordial, amparado por el inciso siguiente de la misma norma: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos”. La normativa constitucional agrega, finalmente, en el inciso 5° del mismo artículo 1°, que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Conforme lo señalado, no cabe duda alguna que la familia “matrimonial” (formada en virtud del vínculo conyugal reglamentado en la ley) está reconocida, amparada y protegida por mandato constitucional. No podría sostenerse otra cosa en presencia de la imposición de un “deber” al Estado, que consiste, precisamente, no sólo en proteger a la familia, sino en fortalecerla, lo cual implica, en medida nada despreciable, reforzar su estabilidad y consolidación. Lo anterior no puede lograrse sino admitiendo que es el matrimonio la institución que más aporta al propósito del constituyente.

La primera cuestión que se presenta, entonces, es resolver si este reconocimiento, amparo y protección se extiende a todos quienes, no estando unidos por matrimonio, forman de hecho el núcleo familiar. En otras palabras, si los convivientes, unidos al margen del vínculo matrimonial, pueden reclamar para

ellos los derechos que consagra la ley en favor de los cónyuges. No es difícil concluir que el matrimonio no es condición de existencia de la familia y que ella, por mandato legal, puede existir al margen del matrimonio. La cuestión, insistimos, es otra. Lo que debe resolverse es si los convivientes son titulares de los derechos que, como se explicará enseguida, se confieren a quienes están unidos por matrimonio, y si pueden invocar en su beneficio las garantías que la Constitución asegura a la familia. Más aún, debemos dilucidar si los convivientes forman parte de la familia legalmente reconocida como núcleo fundamental de la sociedad.

Para definir el alcance que debe darse jurídicamente a la familia y determinar las personas que la integran, se cita, muy a menudo, el artículo 815 inciso 2° del Código Civil, que define las "necesidades personales del usuario o del habitador". Esta norma declara expresamente que en ellas "se comprenden las de su familia", declarando que ésta, a su vez, "comprenderá al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución". Agregan los incisos siguientes que se comprende en ella (la familia) "el número de sirvientes necesarios" y "las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deban alimentos". Creemos nosotros que no es éste el concepto jurídico de familia y que la intención y espíritu de esta norma no busca tampoco definirla. Lo que este artículo intenta es precisar qué personas están habilitadas para gozar de un derecho real (uso y habitación) de titulares restringidos. De allí que se extienda el concepto de familia a personas que evidentemente no la integran, como las que viven a costa del titular del derecho, o aquellos a los cuales se debe alimentos e, incluso, a los "sirvientes" (trabajadores domésticos) necesarios para la familia. Por lo tanto, excluimos de plano la posibilidad de que hallemos en el artículo 815 del Código Civil un concepto de familia o la determinación de quienes la componen.

La otra disposición que permitiría determinar los componentes de la familia es el artículo 983 del Código Civil, que alude a las personas llamadas a la sucesión intestada del difunto. No puede perderse de vista que el legislador, ante un causante que muere sin haber dispuesto de sus bienes para después de sus días (testamento), entra a presumir a quiénes habría favorecido con su herencia y, a este respecto, alude a "los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, (y) el adoptado, en su caso...". Por consiguiente, la familia excluiría a quienes conviven de hecho, esto es, al margen del derecho o sin que se hallen unidas por vínculo matrimonial. La invocación que hacemos a esta norma se ve fortalecida por el elemento "sistemático" de interpretación formal contemplado en el artículo 22 del Código Civil. Para

ilustrar los pasajes oscuros de la ley puede recurrirse al contexto de la misma, de manera que haya entre cada una de sus partes la debida correspondencia y armonía. Más aún, los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. Es evidente que el legislador partió de la base que las personas que están más próximas afectiva y espiritualmente al causante, son aquellas que forman parte de su familia. Por lo mismo, llamó a estas personas para que lo sucedieran (fueran los continuadores de su personalidad), en ausencia de su voluntad expresa. De aquí que la enumeración contemplada en el artículo 983 del Código Civil da cuenta circunstanciada de las personas que integran el núcleo familiar. De lo anterior se sigue que la familia está formada por "parientes" (salvo tratándose de los cónyuges que, como se sabe, se discute sobre si son o no parientes). En este sentido cobra fuerza lo que estatuye el artículo 42 del Código Civil, según el cual: "En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número, serán oídos los afines". Las dos disposiciones invocadas (artículos 983 y 42 del Código Civil) nos parecen perfectamente coherentes y armónicas.

Por estas razones nosotros propiciamos esta segunda interpretación. La regla general, en consecuencia, consiste en que el reconocimiento, protección y amparo que dispensa la Constitución a la familia están referidos a las personas que, conforme a la ley, la componen, y no se extiende a quienes están ligados de hecho y no de derecho. Aclaremos que la cuestión práctica incide sobre los derechos que se reconocen a quienes componen la familia y, eventualmente, a quienes están llamados a recibir los beneficios que la ley acuerda a ella.

Existen, a nuestro juicio, tres instituciones que nacen de la circunstancia de integrar una familia y que, por lo tanto, nos permiten incluir o excluir a ciertas personas. Nos referimos al derecho de **alimentos**, a los derechos **sucesorios** y el llamado al ejercicio de una **tutela o curaduría**. Ninguno de estos derechos, que emanan del solo hecho de integrar un núcleo familiar, corresponde a los convivientes (uniones de hecho). Desde luego, **no se deben recíprocamente alimentos** (derecho asistencial fundado, en la mayor parte de los casos, en la relación de familia, conforme lo previenen los cuatro primeros números del artículo 321 del Código Civil); **tampoco son llamados a la sucesión del conviviente premuerto** (según lo examinado en el artículo 983 del Código Civil), **ni a la curaduría de su pareja**. Fuerza, entonces, reconocer que, jurídicamente, los convivientes no forman parte de la familia ni se hallan ligados entre sí por un vínculo de esta naturaleza.

Lo que señalamos no se opone a diversos beneficios que leyes especiales les acuerden (a los convivientes), y que hacen excepción a los principios generales a que aludimos. Lo propio podría sostenerse respecto de otras consecuencias jurídicas que pueden eventualmente seguirse de una relación de hecho (comunidad de bienes cuando ha habido trabajo compartido y adquisición subsecuente de bienes, acciones de reconocimiento de filiación, normas sobre violencia intrafamiliar, etcétera).

Si bien sociológicamente puede estimarse que la familia es un núcleo de personas, integrado no sólo por los parientes, sino por todos quienes comparten un vínculo afectivo y hacen una vida en cierto sentido común, ello no corresponde a lo que debe entenderse por "familia" desde una perspectiva jurídica. Quienes en derecho integran una familia se caracterizan porque tienen facultades y deberes consagrados en la ley, y ello no ocurre cuando dos personas están unidas sólo por lazos afectivos, al margen de la ley. Lo anterior debería ser un incentivo para que toda pareja "legalice" sus relaciones si aspira al reconocimiento, protección y amparo que el sistema legal dispensa a quienes constituyen una familia de derecho.

Aceptar que la familia está integrada por quienes conviven de hecho implica, paralelamente, aceptar, de la misma manera, la constitución de una familia tratándose de la unión de parejas homosexuales. Ni en uno ni en otro caso, puede sostenerse que la simple unión de hecho incorpore a la persona a la familia reconocida en la Constitución y la ley.

Conviene insistir en la cuestión que abordamos en este trabajo. Lo que debemos definir es si la persona que "convive de hecho", al margen de la institución matrimonial, forma parte de la familia para el efecto del goce de los derechos civiles que se derivan de esta relación y es titular del reconocimiento, protección y amparo que brindan la Carta Política y la ley a este núcleo fundamental.

Gonzalo Figueroa Yáñez, en su obra sobre este tema,² se plantea el problema de definir si la Constitución de 1980, al referirse a la familia, alude sólo a la *familia legítima* o si bien ella comprende, además, la *familia ilegítima*, vale decir, aquella que no procede del matrimonio. El autor citado se pronuncia abiertamente sobre que toda alusión a la familia debe entenderse en sentido amplio, esto es, comprensivo de aquella que se forma en virtud del matrimonio o de la mera convivencia entre personas de distinto sexo. Para llegar a esta conclusión, ofrece las siguientes razones, que pasamos a comentar:

² Gonzalo Figueroa Yáñez. *Persona, Pareja y Familia*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995.

a. La palabra "familia", al no estar definida en la ley, debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, según el uso de las mismas palabras (artículo 20 del Código Civil). Dice Figueroa a esta respecto: "En efecto, al utilizar el constituyente la palabra 'familia' el día en que sometió a plebiscito el texto constitucional, y al votarlo afirmativamente la ciudadanía, uno y otra no pudieron entender por 'familia' sino lo que se entendía entonces por tal, esto es, dieron a dicha palabra su sentido natural y obvio, según el uso general que tenía esa palabra en Chile en 1980".³

Nosotros discrepamos de este argumento. Para ello tenemos presente que: i) si bien es cierto que se trata de una expresión huidiza, no definida en términos formales en la ley, no es menos cierto que ella tiene una connotación jurídica cierta, como queda de manifiesto al tratar del matrimonio, la filiación, el derecho de alimentos, los deberes entre los cónyuges y para con los hijos comunes, etcétera; ii) lo que interesa es precisar, a la luz de las diversas disposiciones que configuran el estatuto jurídico de la familia, quiénes la componen y si los convivientes forman parte de ella; iii) de acuerdo a lo manifestado en lo precedente, el artículo 815 del Código Civil no da respuesta, puesto que se trata de determinar qué personas son llamadas al goce de un derecho real de uso y habitación, y iv) finalmente, creemos que es posible deducir de la ley qué personas componen la familia desde una perspectiva jurídica, lo que fundamos en el artículo 983 del Código Civil antes comentado a propósito de los llamados a la sucesión intestada del causante.

b. Sostiene Figueroa Yáñez, acudiendo a un adagio jurídico, que si la Constitución no distingue entre familia *legítima* y familia *ilegítima*, no es dable al intérprete distinguir.

Creemos que este argumento no prueba nada, porque: i) lo que el intérprete busca es precisar –como se dijo– quiénes forman parte de la familia, cualquiera que sea su condición o calidad, cuestión que no está resuelta en la Constitución; ii) no nos cabe duda que la familia se funda en un lazo natural (parentesco) que, al decir de algunos, sólo excluye al cónyuge, pero que lo integra en virtud de otro vínculo especial (matrimonio), y iii) no parece posible excluir la existencia de familias matrimoniales y de familias no matrimoniales, si atendemos a las muchas diferencias que de ello se siguen respecto del hombre y la mujer, del régimen de bienes durante la vida común, de los hijos, de los derechos sucesorios, etcétera.

³ Gonzalo Figueroa Yáñez. Obra citada. Pág. 71.

c. Se afirma que es perfectamente lícita la convivencia al margen del matrimonio e igualmente lícita la procreación. Más aún, se cita el artículo 18 de la Ley N° 14.908 sobre "Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias", que dice: *"Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quienes vivieron en concubinato con el padre, madre, o cónyuge del alimentante, y los que sin derecho para ello, dificulten o imposibiliten el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación"*. En otros términos, ello implicaría un reconocimiento legislativo de que el conviviente está integrado a la "familia".

Tampoco adherimos a este argumento por cuanto: i) la licitud de una conducta (convivencia) y de sus consecuencias (procreación) no implica que con ello se vaya a formar una familia jurídicamente reconocida e integrada por los convivientes; ii) la circunstancia de convivir no confiere derechos a ninguno de los participantes de esta unión, salvo que exista, por ejemplo, trabajo compartido y adquisición de bienes en común (cuasicontrato de comunidad); iii) los derechos y obligaciones que pueden generarse no emanan de la convivencia, sino de la procreación, y esta última no requiere ni está condicionada por la convivencia de los padres; iv) no cabe duda que el hijo común formará parte de la familia del padre y de la familia de la madre, pero no por ello incorporará a una misma familia a quienes conviven; v) la licitud de la convivencia y de la procreación no tienen otras consecuencias que aquellas previstas en la ley, y en parte alguna se ha estatuido la constitución de una nueva familia por el solo hecho de no contravenir la ley; y vi) por último, no está de más agregar que no siempre la convivencia puede calificarse de lícita, ya que si se trata de personas ligadas por vínculo matrimonial no disuelto, puede la convivencia no ser constitutiva de delito (como ocurría en el pasado), pero tampoco es dable calificarla de lícita, pudiendo ello dar lugar a una demanda de perjuicios con ocasión, por ejemplo, del divorcio.

d. Afirma Gonzalo Figueroa Yáñez que el estatuto legal de la familia no matrimonial estaría disperso en diversas normas (Constitución, Código Penal, Código Civil, leyes especiales) y que ha sido reconocido por la jurisprudencia.

A nuestro juicio, esta afirmación no es efectiva, ya que: i) la existencia de normas dispersas revela algo diverso de lo que se trata de probar, porque dichas disposiciones son especiales y no pueden interpretarse extensivamente o, bien, no son más que la aplicación de normas generales referidas a situaciones anexas a la convivencia (por ejemplo, existencia de una comunidad de bienes como consecuencia de un trabajo común); ii) la jurisprudencia, atendido el vacío legal, por la vía de integrar una "laguna legal", ha reconocido ciertos efectos de la convivencia, pero no como tales, sino en virtud de la concurrencia de elementos propios que no suponen la existencia de aquella (reconocimiento de paternidad o maternidad, sociedades de hecho, etcétera); y iii) la sola

circunstancia de que no exista un estatuto jurídico pleno revela que el legislador no ha dado a la convivencia un rango legal propio y, por lo mismo, un reconocimiento cabal.

e. Advierte el autor citado que la convivencia representa “una situación de hecho que se está haciendo cada vez más frecuente en nuestro país”, lo cual hace “urgente legislar sobre la propiedad y el destino de los bienes adquiridos por los convivientes en común, durante el tiempo de dicha convivencia”.

Este argumento cae por sí solo, puesto que: i) las situaciones de hecho, llamadas a transformarse en situaciones de derecho, sólo pueden estar reconocidas expresamente en la ley (prescripción y caducidad), pero no pueden alcanzar un reconocimiento jurídico por sí solas; ii) el hecho de urgir al legislador a regular uno de los efectos de la convivencia es la mejor demostración de que ella está ausente de reconocimiento jurídico; y iii) aun en el supuesto de que se regularan los efectos patrimoniales de la convivencia (lo cual no existe), ello no implicaría admitir que los convivientes se han integrado a una misma familia.

f. Se pone énfasis en el derecho de la pareja a tener descendencia, lo cual nadie podría desconocer o negar.

Sobre este particular cabe observar que: i) el derecho a tener descendencia o procrear no conduce necesariamente al reconocimiento de que sea la convivencia factor constitutivo de una familia; ii) este derecho fundamental no puede excusar cualquier forma de procrear (un violador procrea, pero comete delito); y iii) la descendencia no es un factor esencial en la constitución de una familia, malamente puede sostenerse, entonces, que por la sola circunstancia de tener derecho a procrear se legitima la unión de una pareja.

g. Finalmente, se afirma que es posible homologar los deberes y derechos al interior de la convivencia con los deberes y derechos entre los cónyuges.

El argumento indicado constituye un esfuerzo vano si se trata de alcanzar una identidad o semejanza que no existe, ya que: i) no es efectivo que exista un deber jurídico de fidelidad al interior de la convivencia; ii) los convivientes son absolutamente libres para suspender la vida en común o contraer otros compromisos ocasionales o permanentes, nada de lo cual es concebible en el matrimonio; iii) no existe, tampoco, deber de socorro entre quienes conviven y todo auxilio entre ellos es de carácter estrictamente voluntario y no obligatorio, como ocurre entre cónyuges; iv) los convivientes no están jurídicamente obligados a ayudarse mutuamente ni brindarse protección, lo que es básico en la unión matrimonial; y v) finalmente, la obligación de convivencia es propia de marido y mujer, pero absolutamente ajena a las personas ligadas por una

relación de hecho. En este contexto, puede sostenerse que existe un abismo entre matrimonio y convivencia, siendo de destacar que el primero (matrimonio) incorpora a los cónyuges a la familia, y la segunda (convivencia) mantiene al margen a los que cohabitan de hecho.

De lo manifestado puede deducirse que no existe razón alguna que permita sostener que la convivencia es fuente de la familia jurídicamente reconocida en nuestro sistema legal. La convivencia es una relación de hecho que liga a quienes la practican dentro de los límites del mundo fáctico, pero no en los límites del mundo del derecho.

A nuestro juicio, por ende, la familia reconocida en la Constitución y la ley, es aquella integrada por las personas indicadas en el artículo 983 del Código Civil (descendientes, ascendientes, colaterales, adoptado y cónyuge). En verdad se trata de personas ligadas por vínculo parentesco y, para quienes rechazan este tipo de relación entre los cónyuges, por vínculo matrimonial. La familia no es un núcleo incierto, que se configura al margen de la ley o cuyos integrantes no se hallan debidamente individualizados. La indefinición jurídica de la familia debilita esta institución fundamental al extenderla más allá del mandato legal. Sin embargo, como ya se destacó suficientemente, lo que señalamos no significa, bajo ninguna hipótesis, desconocer que ambos convivientes constituyen una familia distinta, integrada por quienes hemos indicado y no otros, la cual no puede hacerse extensiva a la persona de los convivientes. Esta cuestión, tan importante en nuestro régimen jurídico, debería ser esclarecida por el legislador. Sin embargo, ello es improbable, toda vez que su definición implica un cierto compromiso ideológico, lo cual, como es ya habitual, se elude por consideraciones de orden político. Baste, a este respecto, recordar cuánto tiempo demoró Chile en aprobar una ley sobre el divorcio con disolución del vínculo, a costa de una farsa que se prolongó largo tiempo y que condujo a abusos intolerables. Lo que se menciona da la pauta de lo que ocurre con el concepto jurídico de familia.

Para evitar malos entendidos, insistimos, aun cuando parezca majadero, que nuestros comentarios apuntan en el sentido de establecer un "concepto jurídico de la familia" para derivar de él la caracterización de los derechos que nacen de esta institución. No implica este análisis un reproche de ningún orden, sino la constatación de una realidad que está reconocida y que, a juicio nuestro, no es fuente de derechos y obligaciones civiles, al no hallarse legitimada en la ley, como queda de manifiesto en las páginas anteriores.

II. Pacto de convivencia

Se nos plantea, a propósito de los comentarios anteriores, el problema de precisar qué sucede en el evento de que dos personas de diverso sexo celebren un "pacto de convivencia", especificando los deberes de fidelidad, socorro, ayuda mutua, protección y cohabitación, y regulando la participación en la propiedad de los bienes adquiridos durante la vida en común. En otros términos, qué alcance debe darse a un convenio sustitutivo del matrimonio, que apunta a los mismos fines. Una situación semejante, aun cuando no idéntica, se presentó cuando el entonces diputado radical Juan Agustín Palazuelos, en 1871, en un acto de rebeldía anticlerical, decidió casarse con su prima Clorinda Maturana, apersonándose, rodeado de sus partidarios, en una notaría de Santiago, y estipulando por escritura pública un contrato civil de matrimonio. Recordemos que el Código Civil entregaba a la Iglesia Católica la regulación del matrimonio, la cual aplicaba al respecto el derecho canónico. Este incidente histórico agudizó la "lucha teológica", que culmina en 1884 durante el Gobierno de don Domingo Santa María con la dictación de la Ley de Matrimonio Civil y Cementerios Laicos.

Pero volvamos al análisis del valor jurídico de este "convenio de convivencia". Prima facie, podría sostenerse que no existe prohibición alguna en la ley y que, por tanto, no estando prohibido, dicho pacto está permitido. Por otra parte, desde una perspectiva social, es preferible una regulación contractual de esta situación, antes que dejarla entregada al libre arbitrio de los participantes.

La cuestión, no obstante, no es simple. ¿Puede una persona válidamente comprometer su fidelidad al margen del contrato de matrimonio? ¿Puede obligarse a socorrer y ayudar a otra persona en todas las circunstancias de la vida a cambio de reciprocidad? ¿Pueden obligarse jurídicamente a cohabitar sin haber contraído matrimonio? Creemos que todas estas estipulaciones son **absolutamente nulas** por adolecer de causa y objeto ilícito. En efecto, en el campo contractual no pueden enajenarse, delimitarse, intercambiarse ni negociarse los derechos de la personalidad, representativos de atributos inherentes al ser humano. Sólo la ley puede imponer el deber de fidelidad o de cohabitación, porque ambos constituyen una restricción de la libertad en un aspecto esencial. Asumir la obligación de socorrer, ayudar o proteger a una persona en todas las circunstancias de la vida, es una obligación que carece de objeto, porque éste no está debidamente determinado (artículo 1461 del Código Civil), sin perjuicio de ser ello contrario al orden público por la extensión ilimitada de la obligación contraída. Por consiguiente, es obvio que el "pacto de convivencia" carece de toda validez, en lo que dice relación con la regulación de los derechos de la personalidad, cuya disposición sólo corresponde a la ley.

¿Qué ocurre con los derechos patrimoniales que pueden hallarse regulados en el "pacto de convivencia", tales como la manutención ordinaria de los convivientes o el destino y distribución de los bienes que se adquieren durante la vida en común? En este aspecto la cuestión es diametralmente diversa. Nada impide que dos personas convengan la forma y la participación que a cada una de ellas cabe en el financiamiento de la vida común o la manera en que se distribuirán los bienes que adquieran durante el período de convivencia, en el entendido que ha existido un esfuerzo compartido para su adquisición. Se trata de obligaciones civiles perfectas y relacionadas con derechos patrimoniales que se hallan en el comercio humano y son, por lo mismo, susceptibles de regularse contractualmente. Lo que no puede ocurrir es condicionar el ejercicio de estos derechos o causarlos en función de aquellos otros extrapatrimoniales o de la personalidad, porque entonces se incurre en causa ilícita (artículo 1467 del Código Civil). Las estipulaciones patrimoniales del "pacto de convivencia" son válidas y una ley para los contratantes, en tanto no sobrepasen su naturaleza estrictamente patrimonial. Por lo tanto, un pacto de esta naturaleza puede dar lugar a una acción resolutoria si no se cumple y la consiguiente indemnización de perjuicios. No obstante, insistimos en un hecho determinante, para atribuir validez jurídica a este tipo de estipulación es esencial que ella no esté condicionada por el ejercicio de derechos de la personalidad (extrapatrimoniales), ni sean éstos la causa de la existencia y reconocimiento de los derechos patrimoniales. Cualquier confusión entre ambos acarreará la nulidad absoluta del convenio, lo que ocurrirá por la sola circunstancia de que ambas clases de derechos estén contenidos en la convención. Se produce, en este supuesto, una inevitable contaminación que acarreará la descomposición de toda la convención, aun cuando puedan subsistir aquellas estipulaciones destinadas a regular la suerte que seguirán los bienes que se adquieran en conjunto. Lo que afirmamos porque, en tal caso, el ejercicio de los derechos patrimoniales aparecerá irremediabilmente ligado a la regulación convencional de derechos de la personalidad.

No existe tampoco, a juicio nuestro, impedimento en que una de las partes que intervienen en la celebración de un "pacto de convivencia" reclame de la otra una reparación indemnizatoria, si ha sido inducida dolosamente a su celebración. Puede este tipo de convenciones ser un instrumento para engañar y defraudar, sirviéndose, por ejemplo, de la impericia, ignorancia o inferioridad intelectual de la contraparte.

Queda, por lo tanto, perfectamente claro el hecho de que no es posible regular ni condicionar convencionalmente el ejercicio de los derechos de la personalidad, sustituyendo la institución del matrimonio por una mera convención civil. Ello atentaría contra el orden de la familia y lesionaría el orden público.

III. La ruptura matrimonial: compensación e indemnización de perjuicios

Nuestra Ley de Matrimonio Civil (19.947) se abocó derechamente a reglamentar la ruptura del matrimonio –realidad social insoslayable– y sus consecuencias patrimoniales. Para estos efectos, dejó subsistentes todas las normas generales relativas a la indemnización de perjuicios, pero introduciendo una nueva institución –la compensación económica– consagrada para el caso de que la ruptura ocurra en virtud de la nulidad del contrato de matrimonio o de la declaración de divorcio.

A. Compensación económica, nulidad, divorcio y separación judicial

De acuerdo al artículo 61 de la LMC, este derecho no se confiere en caso de separación judicial, puesto que, en este supuesto, subsisten “todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los derechos de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden” (artículo 33). Asimismo los cónyuges conservan su vocación sucesorial, aun cuando se exceptúa el caso de aquel que hubiere dado lugar a la separación por su culpa (causal de indignidad calificada), debiendo el juez en su sentencia dejar constancia de dicha inhabilidad (artículo 35).

Resulta llamativo el hecho de que la causal que autoriza esta separación (artículo 26) sea la misma que la causal que autoriza el divorcio sanción (artículo 54): “violación grave de los derechos y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.

Lo señalado nos induce a pensar que la separación judicial se concibió originalmente como un “estado civil” transitorio que, transcurrido cierto espacio de tiempo, devendría en la ruptura definitiva del vínculo matrimonial o en la reconciliación conyugal (artículo 38). Por lo mismo, esta situación nos resulta coherente con el hecho de negar la “compensación económica” a quienes se separan judicialmente. Podría sostenerse que la separación judicial pone fin a la sociedad conyugal o al régimen de participación en los gananciales, en su caso, lo cual implica una pérdida patrimonial para el cónyuge separado. Sin embargo, este perjuicio sería meramente eventual (puesto que la sociedad conyugal podría enriquecerse o empobrecerse en el futuro). Además, el régimen de bienes existente en el matrimonio, como se explicará más adelante, no tiene una relación directa con el derecho consagrado en los artículos 61 y siguientes de la LMC, aun cuando sí influencia en la determinación en su cuantía.

En suma, nos parece justificado no conceder el derecho de “compensación económica” a los cónyuges separados judicialmente. Creemos que la extinción del régimen de bienes (sociedad conyugal o participación en los gananciales) es suficiente como medida destinada a asegurar los derechos en conflicto.

Cabe recordar que se ha discutido sobre si la “separación judicial” a que se refiere la LMC conforma un “estado civil”. Nosotros, sobre la base de disposiciones expresas, pensamos que es indudable que sí existe el estado civil de “separado” cuando ello se ha declarado en sentencia judicial ejecutoriada. Basta, a este respecto, con recordar lo que señala el artículo 38 de la LMC. La referida disposición, aludiendo al restablecimiento de la vida en común de los cónyuges separados, dice: *“La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación o a la ya decretada, y, en este último caso restablece el estado civil de casados”*. Parece bien obvio que si se restablece el “estado civil de casados” es porque éste había cesado y, en tal supuesto, ha debido ser sustituido por otro que no puede ser sino el de “separado judicialmente”, ya que cualquier otro carece de toda justificación. Por otro lado, despejando toda discusión, el artículo 6° transitorio de la LMC agrega: *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados, y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”*. Dos cosas saltan a la vista. El antiguo divorcio consagrado en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 implicaba una “separación de cuerpos”, perfectamente asimilable a la actual “separación judicial”, de lo cual se sigue que “existiendo la misma razón debe existir la misma disposición”, brocardo jurídico ineludible. Además, nadie podría discutir que nuestra LMC no contempla el estado civil de “separado”, tanto más cuanto que dicho estatuto jurídico se asigna a las personas divorciadas bajo la Ley de Matrimonio Civil anterior.

B. Derecho a la compensación económica: naturaleza y características

1. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del derecho a compensación económica ha suscitado un nutrido debate. Fundamentalmente, se ha sostenido que se trata de un derecho alimenticio, de un derecho indemnizatorio, de la extensión del deber de socorro entre los cónyuges, de un derecho variable o de un derecho de naturaleza propia distinta de las anteriores.⁴ Todas estas posiciones han tenido

⁴ Ver a este respecto el trabajo de Gonzalo Francisco Severín Fuster, *“Lo mejor de tu vida me lo he llevado yo. Revisión y propuesta sobre el fundamento de la compensación económica en la ley de*

reconocimiento jurisprudencial, lo cual es claramente indicativo de que el tema es complejo y difícil de resolver. La cuestión planteada no es meramente académica. Ella tiene relación con la posibilidad de invocar otras normas supletorias de aquellas consagradas en la LMC. No puede perderse de vista, por ejemplo, que para los efectos de la interpretación es posible recurrir al elemento "sistemático" consagrado en el artículo 22 del Código Civil (al cual la jurisprudencia atribuye una importancia especial) y dar a una disposición legal el sentido y alcance que mejor se avenga con otras disposiciones, incluso incorporadas a otras leyes, especialmente si versan sobre la misma materia, "de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Por lo tanto, determinar la naturaleza jurídica de una institución no es un ejercicio baladí, sino la forma de ubicar a la respectiva institución en el marco de un estatuto más amplio y general.

El carácter "alimenticio" e "indemnizatorio" no requiere de mayores explicaciones, pero sí conviene precisar qué se ha entendido por naturaleza "variable" y naturaleza "propia". La jurisprudencia ha entendido que un derecho "variable" consiste en reconocer que "la compensación económica es funcional a las diversas realidades que siguen a la ruptura, y que en este caso estaríamos ante una sentencia de carácter asistencial, cercana a la pensión alimenticia reducida en el tiempo y en su entidad".⁵ Quienes afirman que esta compensación tiene una naturaleza *sui generis*, como lo recoge Gonzalo Francisco Severín, se fundan en tres razones: "a) sistema privado de soporte de las consecuencias negativas de la discriminación de género, b) el principio del enriquecimiento sin causa, y c) el desequilibrio económico y la protección de la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar".⁶

Comencemos nosotros por descartar que esta compensación económica tenga por objeto reparar un daño. No puede considerarse "daño" el haberse dedicado preferentemente al cuidado y crianza de los hijos y la mantención del hogar común. Tampoco ha habido por parte del otro cónyuge –el deudor de la compensación– ni incumplimiento de una obligación preexistente (requisito esencial de la responsabilidad), ni dolo ni culpa (factores de atribución). Lo que ha sucedido es una distribución de las cargas y deberes que impone la vida en común, tanto respecto de los hijos como de la situación doméstica. Por consiguiente, no cabe pensar en una indemnización, tanto más si se tiene en consideración la circunstancia de que ella corresponde a una sanción, destinada a restaurar un orden jurídico quebrantado. Nada de ello se presenta en

matrimonio civil". Revista de Derecho. Universidad de Viña del Mar. N° 1. Primer Semestre. 2008. Páginas 155 y ss.

⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.161-05.3/5 2006.

⁶ Gonzalo Francisco Severín Fuster. Trabajo citado. Pág. 159.

el caso que se analiza. Es posible sostener que el artículo 62 de la LMC alude, sin embargo, al perjuicio económico que sufre uno de los cónyuges. En efecto, dicha disposición señala que "Para determinar la existencia del **menoscabo económico** y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente...". En verdad esta alusión tiene otro contenido. Se trata de examinar comparativamente la fuerza de cada patrimonio, puesto que la "compensación" tiene como fundamento esta desigualdad patrimonial fruto de los diversos roles asumidos durante el matrimonio. No se refiere el legislador al daño emergente ni al lucro cesante, sino a un hecho que permite calcular un desequilibrio económico, base de la compensación.

Igualmente desechable nos parece asimilar la "compensación económica" al derecho de alimentos. Este último tiene otros fines y otro alcance. Se trata de un derecho "asistencial", destinado a proporcionar a su titular los medios necesarios para su modesta subsistencia cuando carece de recursos propios para solventar sus necesidades; "subsidiario", puesto que los alimentos se deben sólo en aquella parte en que los medios no alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, según reza el artículo 330 del Código Civil; y "condicionado" a la mantención de las circunstancias que legitiman la pretensión (artículo 332 del Código Civil). Ninguna de estas características concurre tratándose de la "compensación económica" de que tratan los artículos 61 y siguientes de la LMC. Para fundamentar el planteamiento de que se trataría de un derecho de naturaleza alimenticia se invoca lo prevenido en el artículo 66 de la LMC, según el cual "Si el deudor no tuviera bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable. La cuota correspondiente **se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento**, a menos que hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia". De la disposición transcrita resulta claro que la "compensación económica" no es un derecho de naturaleza alimenticia, ya que "cada cuota" se "considera alimentos", por lo tanto, la misma ley descarta la naturaleza alimenticia, y lo anterior con un objeto preciso, dotar al acreedor de los medios para obtener el cumplimiento forzado. En síntesis, ha sido la propia ley la que, correctamente interpretada, excluye una posible asimilación entre "pensión alimenticia" y "compensación económica". Si una cosa se considera otra distinta para un solo y determinado efecto, nadie puede sostener que con ello cambia su naturaleza.

Todavía menos adecuada nos resulta fundar la "compensación económica" en una supuesta funcionalidad con los modelos de familia y las distintas realidades que se siguen de la ruptura del vínculo matrimonial. No hemos hallado ninguna

justificación positiva que permita sustentar esta corriente, ya que el objeto que la ley persigue es resolver un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges cuando concluye la vida común, independientemente de los modelos familiares que puedan seguirse de la ruptura. Si se examinan los factores que debe considerar el juez para la determinación de la compensación, se observará que todos ellos están referidos a la situación personal del cónyuge acreedor, tanto en lo que dice relación con el pasado (duración de la vida común), el presente (edad y estado de salud del cónyuge beneficiario) y futuro (beneficios previsionales y de salud, posibilidad de acceso al mercado laboral). Es efectivo que la ley pone acento en la suerte que deberá enfrentar el cónyuge acreedor luego de la ruptura, pero ello en función del desequilibrio que se intenta reparar y no del modelo de familia o de la realidad que se sigue de la ruptura.

Forzoso resulta concluir, entonces, que la “compensación económica” instituida en la LMC es un derecho sui géneris que participa de varios institutos jurídicos. Esta fórmula suele criticarse porque, se dice, se acomoda a cualquier situación y deja a salvo un compromiso del intérprete con las demás instituciones jurídicas de aplicación general. Empero, en este caso, la calificación indicada nos parece correcta atendidas las especificidades de este derecho, los fines que persigue, la forma en que puede impetrarse y el conflicto en que se inserta.

¿Cuáles son los rasgos esenciales que singularizan este instituto?

A nuestro juicio, debemos comenzar por reconocer que tras el establecimiento de este beneficio subyace un hecho fundamental: un desequilibrio económico que tiene origen en el acuerdo de los cónyuges de asumir diversas funciones en la vida matrimonial: uno de ellos se dedica preferentemente al cuidado de la prole y las tareas del hogar, y el otro a sus actividades productivas habituales. Los beneficios que se siguen de la división de funciones son “compartidos”, ya que con ello se hacen posibles tres cosas que favorecen a ambos cónyuges por igual y hacen posible la formación de la familia: el **funcionamiento del hogar común**, el **desarrollo normal de los descendientes** (crecimiento, formación moral y educación), y la **producción de medios económicos indispensables para financiar la vida y progresar materialmente**. El matrimonio se contrae “para toda la vida”. Esta es la intención que presuntivamente anima al legislador y a quienes lo celebran, lo cual justifica su importancia como fuente principal de la constitución de la familia. Por consiguiente, todos los beneficios aludidos recaerán indistintamente en uno y otro cónyuge a través del tiempo. La satisfacción de una vida familiar plena y bien organizada, el adecuado y progresivo desarrollo de los descendientes comunes, y el disfrute de los bienes materiales que se logren obtener, incrementarán el bienestar de ambos cónyuges en igual medida. Ocurre, sin embargo, que a la hora de valorizar este activo, enfrentado a una ruptura matrimonial, nos hallaremos con una dificultad semejante al

cálculo de la indemnización del daño moral, porque no es fácil apreciar pecuniariamente bienes de diversa índole (patrimoniales y extrapatrimoniales).

De lo dicho se infiere que la “compensación económica” reconoce tres elementos que constituyen la esencia de su naturaleza:

a. Compensación de una expectativa frustrada. El matrimonio, que se había proyectado para toda la vida, presenta una fractura irremediable que pone fin a la convivencia.

b. Enriquecimiento por colaboración. Producida la ruptura matrimonial, el cónyuge dedicado de preferencia a la consecución de medios económicos, en el ámbito de la vida familiar organizada por el otro cónyuge, se ve materialmente favorecido en desmedro de aquel encargado de la crianza de los hijos y la organización doméstica del hogar.

c. Provecho derivado de la dedicación (cuidado y tiempo) a los hijos comunes. Todo cuanto se haga en beneficio de los hijos redundará en favor de ambos cónyuges, así se trate de actividades familiares (en el seno del hogar) o de inversión económica (gastos en educación y establecimiento).

A estos elementos, que hemos calificado como esenciales, deben agregarse dos principios que impregnan este derecho sui géneris: el llamado “*affectio maritales*” y la “*protección del cónyuge más débil*”. El primero de ellos sufrió una alteración sustancial con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, ya que, al introducirse el divorcio con disolución del vínculo por voluntad unilateral, se permite poner fin al “*affectio maritales*” por decisión de uno de los contrayentes y sin necesidad de justificar su determinación. Es indudable que esta institución (el matrimonio) experimentó con ello un debilitamiento significativo en todo cuanto dice relación con la estabilidad de la relación a través del tiempo. Uno de los antídotos que incorporó la ley parece ser la “compensación económica”, en cuanto ella procura, al menos, el restablecimiento del equilibrio económico entre los cónyuges desvinculados, sin perjuicio del encargo que la ley hace al juez en el sentido de que “procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada” (inciso 2° del artículo 3° de la LMC). El segundo principio –la protección del cónyuge más débil– está expresado también en el artículo 3° de la LMC con carácter general: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”. De estos principios, reconocidos en la legislación vigente, se sigue que el derecho a “compensación económica” debe apuntar en una clara dirección: restaurar el equilibrio económico entre los cónyuges cuando, a causa de una

distribución de roles en la vida matrimonial, uno de ellos ha experimentado un menoscabo patrimonial susceptible de corregirse.

En consecuencia, la “compensación económica” de que trata el artículo 61 y siguientes de la LMC es *la forma de remediar la pérdida de una expectativa de vida matrimonial, de sancionar un enriquecimiento por colaboración y de compartir el provecho derivado de la dedicación (cuidado y tiempo) a los descendientes comunes*. Por lo tanto, no tiene ella uno sino varios fundamentos que nos aproximan a muy diversas instituciones y principio jurídicos (indemnización de una expectativa cierta, enriquecimiento injusto, división de beneficios). Quizás si sean estas características las que han provocado la sostenida discusión sobre su naturaleza jurídica.

No cabe, entonces, invocar una sola institución para justificar la naturaleza jurídica de este derecho. Él está vinculado, como queda demostrado, a varios factores de muy diversa índole.

Abocándose a esta realidad, Javier Barrientos Grandon ha descrito el derecho a compensación económica calificándolo de “personal, de familia y de carácter patrimonial”, concluyendo que “el derecho de compensación económica aparece como un derecho situado en sede de derechos de familia y ello impone definirlo en este campo propio y no en el de los derechos típicos de los actos y negocios patrimoniales”.⁷ De esta manera, se trataría de un derecho –obligación de fisonomía propia– al que no puede vinculársele con categorías propias de las relaciones contractuales. Otro autor, Ismael Verdugo Bravo, se inclina por dar a esta compensación el carácter de indemnización de perjuicios, examinando el daño, el criterio de imputación (al cual da carácter objetivo para descartar la culpa y el dolo), y la relación de causalidad (poniendo acento en el hecho de que la causa de la compensación sería “el desequilibrio económico que se ha producido y que nuestro legislador describe como menoscabo económico”). El mencionado autor concluye diciendo que “Con base a lo que hemos dicho en el numeral anterior, estamos en condiciones de formular un concepto de la compensación económica en nuestro sistema y así podemos decir que ésta es la indemnización a la cual tiene derecho un cónyuge en caso que sea declarada la nulidad o el divorcio de su matrimonio, fundada en el menoscabo o desequilibrio económico experimentado como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, sin

⁷ Javier Barrientos Grandon. “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”. Revista Chilena de Derecho Privado. Fernando Fueyo Laneri. Diciembre 2007. N° 9. Págs. 9 y ss.

haber podido por ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o en menos medida de lo que podía y quería”.⁸

2. Antídoto al divorcio precipitado e irreflexivo y “comunidad virtual de bienes” como sustrato de la compensación económica

Hemos sostenido en otro trabajo que la “compensación económica” debe considerarse un antídoto al divorcio precipitado e irreflexivo. No es extraño encontrar a sujetos apasionados y vehementes que sin pesar las circunstancias resuelven romper su vida matrimonial para fundar otra familia, con todo lo que ello implica. Enfrentados a la obligación de hacerse cargo de una “compensación económica”, destinada a reparar expectativas frustradas, distribuir un enriquecimiento por colaboración y la dedicación (inversión de tiempo y cuidado) a la descendencia común, la decisión deberá adoptarse ponderando con mayor cuidado la situación. Lo que decimos quedará condicionado al hecho de que los jueces tomen en serio su misión y fijen con realismo y estricto apego a los antecedentes las cantidades que correspondan. No son pocos los jueces que, inspirados en sus deberes de prudencia, rebajan indebidamente este beneficio, que, a juicio nuestro, juega un papel importantísimo en el estatuto aplicable a las rupturas matrimoniales.

Desde otra perspectiva, la LMC ha puesto énfasis en la continuidad de la familia cuando el vínculo matrimonial ha sufrido una ruptura irremediable, procurando el menor deterioro posible en las condiciones de vida de quienes forman parte de ella. El artículo 27, ubicado a propósito de la reglamentación de la separación judicial, pero al cual se remite el artículo 70, esta vez a propósito de la separación judicial, la nulidad y el divorcio, exige que entre los cónyuges exista un acuerdo integral (“que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos”). Entiende la ley que es “suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”. Nótese que la ley alude derechamente al “menoscabo (detrimento o deterioro) económico que pudo causar la ruptura” matrimonial. De lo dicho se sigue que no es procedente el divorcio en el evento de que no sea posible aminorar el perjuicio económico que se causa con la disolución del vínculo, lo cual constituye un verdadero principio sobre la materia. A la misma conclusión conduce el artículo 55 inciso 3° de la LMC, en el cual se niega la acción de divorcio por decisión unilateral

⁸ Ismael Eduardo Verdugo Bravo. “Algunas reflexiones con relación a la naturaleza jurídica de la compensación económica en Chile y de la pensión compensatoria en España”. Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Figueroa Yáñez. Editorial Jurídica de Chile. Fundación Fueyo. Año 2008. Pág. 503.

al cónyuge que “durante el cese de la convivencia (tres años) no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

En síntesis, la LMC impone condiciones mínimas para obtener la disolución del vínculo matrimonial y, entre ellas, la de “compensar” materialmente no sólo a aquel que destinó sus mayores esfuerzos a la crianza de los hijos comunes y la mantención del hogar común, sino a quienes resultarán menoscabados económicamente por efecto de la ruptura. Todo lo cual demuestra que la “compensación económica” fue concebida, en cierta medida, como un antidoto destinado a neutralizar decisiones precipitadas e irreflexivas cuyos efectos sufren todos los miembros de la familia. Se ha dicho, con cierta tosquedad en el lenguaje, que el divorcio está instituido en favor de “aquellos que son capaces de pagarlo” en referencia a las obligaciones que deben satisfacerse para tener acceso a él. En verdad esta sentencia recoge una finalidad legítima, cual es velar por la suerte de quienes, siendo los más débiles, pueden quedar desprotegidos del amparo que les debe la ley.

También hemos sostenido que la compensación económica tiene un sustrato que parece gravitar poderosamente en los propósitos del legislador y que se han transmitido a la ley. Este sustrato está representado por una especie de “comunidad virtual” respecto de los bienes adquiridos por el cónyuge que se dedica de preferencia al trabajo remunerado, adquisiciones o provecho que, de alguna manera, tienen como causa esta específica circunstancia. Para justificar lo que decimos, invocaremos al artículo 62 de la LMC, según el cual “para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación” debe considerarse, especialmente, entre otros factores: i) la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; ii) la situación patrimonial de ambos; y iii) la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Estos tres factores, eminentemente objetivos y susceptibles de precisarse con cierto rigor, inducen a pensar que, según el sentido y voluntad de la ley, concurren, en la mayor parte de los casos, componentes propios de un cuasicontrato de comunidad, respecto de aquello que fue adquirido por el cónyuge que, aprovechándose de las circunstancias, logró obtener mayores beneficios económicos en desmedro del que se dedicó al cuidado de los hijos y la mantención del hogar conyugal. Es indudable que la duración de la vida común pesará en la determinación de toda compensación económica, que ella condiciona la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges, y que la colaboración que se presta a la actividad lucrativa del que se aparta de la situación doméstica del hogar, justifican sobradamente la existencia de una comunidad sobre los bienes que se adquieren en este lapso. No afirmamos que exista una comunidad real, sino, insistimos, una especie de comunidad virtual que justifica, sobradamente a nuestro juicio, la participación que en ella

corresponde a cada cónyuge. Es curioso constatar que, por regla general, las personas que alcanzan la fortuna son casadas y, sólo por excepción, solteras. Sociológicamente lo indicado tiene (o debería tener) importancia para jueces y legisladores.

No queremos confundir sobre este punto, razón por la cual insistimos en que no se trata de una comunidad real, sino de aquello que subyace tras este instituto y que justifica que uno de los cónyuges (el más débil) pueda ser compensado del desequilibrio económico que se ha producido por efecto de la distribución de roles en el matrimonio.

3. Compensación económica e indemnización de perjuicios

La "compensación económica" es perfectamente compatible con las indemnizaciones que, conforme a las reglas generales, proceden en caso de un divorcio culpable o de una causal de nulidad imputable a uno de los contrayentes. Como creemos haber demostrado en lo precedente, no nos hallamos en el caso de la compensación económica, en situación de cubrir todos los perjuicios causados a uno de los cónyuges. Su pago, por lo mismo, no cubre los daños derivados de la celebración o la ruptura del vínculo matrimonial, cuando dichos daños son imputables a uno de los contrayentes. El derecho consagrado en el artículo 61 de la LMC está basado en supuestos bien específicos que no tienen relación, ni directa ni indirecta, con el deber de responder de los perjuicios causados por un obrar doloso o culpable. Por consiguiente, la circunstancia de pagar dicha compensación no exonera de responder de los demás perjuicios provocados.

Dos problemas surgen a este respecto. El primero consiste en determinar de qué grado de culpa responden los cónyuges en el contrato de matrimonio; el segundo, en precisar cuál es el estatuto jurídico a que debe someterse este tipo de responsabilidad.

En lo que dice relación con el primer punto (grado de culpa de que se responde en el contrato de matrimonio), las normas sobre indemnización son diferentes, según se trate de la nulidad del matrimonio o del divorcio.

a. Nulidad de matrimonio

Comencemos por señalar que las normas aplicables, en este caso, son las que regulan la responsabilidad extracontractual, porque, en razón de la nulidad, no hay ni ha habido vínculo contractual (matrimonial) entre las partes (artículo 50 de la LMC), sin perjuicio de los efectos excepcionales atribuidos por la ley (matrimonio putativo de los artículos 51 y 52 de la LMC).

El artículo 44 de la LMC precisa cuáles son las causales de nulidad. Examinaremos, a continuación, en cuál de ellas es posible demandar indemnización de perjuicios entre los contrayentes. Debemos recordar que la nulidad judicialmente declarada da derecho a las partes para reclamar la reparación de los daños que se hayan causado con ocasión del acto nulo, siempre que concurran los requisitos generales instituidos en la ley.⁹

i. Artículo 5° N° 1 de la LMC: Cuando exista vínculo matrimonial no disuelto y esta circunstancia haya sido desconocida por el otro contrayente. El fundamento de la indemnización de perjuicios es la conducta dolosa en que incurre quien oculta su estado civil verdadero. Si ambos contrayentes han obrado a sabiendas, no hay acción de perjuicios entre ellos, pero sí corresponde al cónyuge perjudicado (aquel cuyo matrimonio se ocultó), pudiendo, en este supuesto, obrarse en contra de ambos infractores, quienes responderán solidariamente de conformidad al artículo 2317 del Código Civil.

ii. Artículo 5° N° 2 de la LMC: Los menores de dieciséis años. Si uno de los menores, valiéndose de engaños (certificados falsos, documentos adulterados, uso de instrumentos de identidad ajenos, etcétera) ha inducido a error al otro contrayente, este tendrá acción de perjuicios, declarada que sea la nulidad. Recuérdese que a los dieciséis años se es plenamente capaz de delito y cuasidelito civil (artículo 2319 del Código Civil). Creemos que el engaño que induce a contraer matrimonio debe manifestarse en hechos objetivos y no en meras aserciones, principio que se desprende de lo establecido en la última parte del artículo 1685 del Código Civil.

iii. Artículo 5° N° 3 de la LMC: Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. Esta causal plantea algunas interrogantes. Desde luego, si una persona está privada de razón, es demente y, por lo tanto, incapaz de ilícitos civiles, razón por la cual no está legitimado pasivamente ni tiene responsabilidad. En los demás casos (trastorno o anomalía psíquica que determinen una inhabilidad para formar la comunidad de vida matrimonial), hay plena capacidad civil y quien sufre la anomalía o trastorno puede ser objeto de una acción indemnizatoria, si ha contraído matrimonio sabiendo o debiendo saber

⁹ A esta materia dedicamos el Capítulo XIII (Nulidad e indemnización de perjuicios) de nuestro libro "Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno", publicado por la Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. La materia ha sido comentada por Jorge Baraona González en un artículo sobre "Nulidad e indemnización de perjuicios", publicado en "Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo, Avelino León, Francisco Merino, Fernando Mujica y Hugo Rosende". Universidad del Desarrollo. Año 2007.

de la existencia de la misma. Si estas anormalidades se desencadenan durante el matrimonio y no obedecen a causas autoprovocadas (drogadicción, alcoholismo, disipación, etcétera), creemos nosotros que no existe responsabilidad, porque el hecho es jurídicamente fortuito.

iv. Artículo 5° N° 4 de la LMC: Los que carecen de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio. También estas personas pueden ser sujetos pasivos de una acción de indemnización de perjuicios, siempre que el contrayente que la interpone no haya conocido o debido conocer, por las circunstancias que le han rodeado, la insuficiencia intelectual que afectaba al otro contrayente.

v. Artículo 7° de la LMC: El cónyuge sobreviviente que contrae matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de este delito. La única hipótesis posible de una acción de perjuicios deriva del ocultamiento de la formalización o la condena, ya que, de otro modo, ambos habrían obrado de consuno y a sabiendas del vicio.

vi. Artículo 8° N° 1 de la LMC: Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente (error en la identidad física). Esta hipótesis supone, también, un obrar doloso de quien oculta o altera su identidad física para hacerse pasar por otro, debiendo reparar los perjuicios causados siempre que el otro contrayente no haya conocido o debido conocer su verdadera identidad.

vii. Artículo 8° N° 2 de LMC: Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de estimarse como determinante para otorgar el consentimiento. Creemos que también procede en este caso la indemnización de perjuicios, pero sólo si se trata de un error excusable, entendiéndose por tal aquel que afectivamente haya inducido al contrayente de buena fe a consentir por ignorar la ausencia de la cualidad personal.

viii. Artículo 8° N° 3 de LMC: Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer matrimonio. Esta es, a nuestro juicio, la causal más evidente de reparación indemnizatoria. Nótese que la LMC la extiende a la acción del contrayente, de un tercero o de una circunstancia externa que hubiere sido determinante para la celebración del matrimonio.

Creemos que son estas las únicas causales que dan derecho a uno de los contrayentes a demandar indemnización de perjuicios (quedan excluidas, por lo

tanto, la del artículo 5° N° 5, la del artículo 6° y la del artículo 17 de carácter formal).

Como se señaló en lo precedente, son aplicables en esta materia las normas de la responsabilidad extracontractual, toda vez que no existe entre las partes una relación jurídica anterior (la nulidad opera con efecto retroactivo) y se trata de la comisión de un ilícito que, con las particularidades ya mencionadas, da acción de perjuicio para reparar los daños provocados.

En el supuesto de que el matrimonio fuere putativo (artículos 51 y 52 de la LMC) no cabe indemnización alguna, ya que los contrayentes habrían obrado de buena fe y con justa causa de error, lo cual excluye la responsabilidad extracontractual. Finalmente, si sólo uno de los contrayentes hubiere obrado de buena fe y con justa causa de error (hipótesis prevista en el inciso 1° del artículo 51 de la LMC), procedería la indemnización de perjuicio, pero conforme a las normas generales de la responsabilidad, ya que el matrimonio produciría los mismos efectos que el matrimonio válido, pero sólo respecto de aquel de los contrayentes que obró de buena fe y con justa causa de error.

b. Divorcio

La primera cuestión que se nos plantea consiste en definir de qué nivel de culpa responden los cónyuges durante el matrimonio, exigencia que, a primera vista, parece necesaria para establecer la existencia de responsabilidad. A nuestro juicio, no hallándonos ante un contrato (aun cuando formalmente el matrimonio revista la apariencia de tal), no corresponde imponer a los cónyuges un determinado nivel de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones y deberes personales que emanan del matrimonio. Tratándose de la administración del marido en el régimen de sociedad conyugal (cuestión eminentemente patrimonial), éste responde de dolo y culpa grave (artículos 1748 y 1771 del Código Civil). Pero no cabe graduar ni fijar una pauta sobre esta materia cuando se trata de **obligaciones y deberes personales** (fidelidad, ayuda, respeto y protección). El matrimonio es una íntima asociación entre dos personas (*affectio maritales*), con el objeto de convivir, procrear, generar una familia y socorrerse en todas las circunstancias de la vida. Es en razón de ello que la ley consagra "deberes" que comprometen a la persona misma, en función de un proyecto común de vida que va mucho más allá de un grado determinado de diligencia y cuidado o de la consecución de una prestación. Dicho en otras palabras, el cumplimiento de los deberes personales entre los cónyuges no puede medirse ni por los niveles de diligencia que se exigen tratándose de obligaciones contractuales ni por los estándares predominantes en el ámbito extracontractual. Por consiguiente, creemos que la responsabilidad en el derecho de familia (en lo que concierne al incumplimiento de los deberes personales que son propios de esta institución) tiene rasgos y caracteres propios

que no pueden asimilarse en todo a la responsabilidad contractual o extracontractual. Quizás esto explique que los autores que propician aplicar los grados de culpa contractual a los deberes propios del matrimonio, vacilen sobre si los cónyuges responden de culpa grave y dolo o, bien, de culpa levísima (habría buenas razones en uno y otro sentido). A nuestro juicio, la culpabilidad (dolo o culpa), por ende, es sustituida por la **antijuridicidad material** (infracción a los deberes impuestos por el derecho), de lo cual se sigue que responde como dañador aquel que contraviene el derecho, así ello sea consecuencia de la falta de diligencia y cuidado o de la intención positiva de causar injuria a la persona o propiedad de otro.¹⁰ Lo que sostenemos queda en evidencia al examinarse las causas por las cuales procede la responsabilidad en materia de relaciones de familia. No es esta la oportunidad de desarrollar esta materia, pero nos parece de enorme utilidad fundar nuestra posición en el hecho de que responde, en el ámbito del derecho de familia, aquel que infringe la ley, incumpliendo el mandato normativo, al margen de si ello es consecuencia de culpa o dolo. La antijuridicidad, en este campo, desplaza el reproche subjetivo que implica el factor de imputabilidad.

Los autores han distinguido entre los daños producidos por el divorcio mismo y los daños producidos por la causal que provoca el divorcio. Sin entrar al examen de esta cuestión, digamos que nos parece de toda evidencia que el divorcio es una consecuencia de la causal que se acoge, razón por la cual no pueden reclamarse perjuicios derivados de la causal de divorcio y de su necesaria consecuencia. Por otra parte, la demanda de divorcio y la sentencia que lo declara no serán jamás un hecho antijurídico que legitime una pretensión reparatoria.

Excluimos de plano toda posible indemnización en caso que el divorcio sea solicitado de común acuerdo, porque ello implica un reconocimiento explícito de la existencia de culpas compartidas en el fracaso del proyecto de convivencia original. Es cierto que no existe en nuestra LMC una norma que sirva para compensar las culpas, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 2330 del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. Mas es igualmente cierto que quienes reclaman el fin del vínculo matrimonial obrando de consuno, reconocen implícitamente que la causa de la ruptura les es imputable a ambos en igual o distinta medida. Por lo tanto, no pueden pretender una reparación indemnizatoria quienes demandan de común acuerdo la extinción del vínculo matrimonial. Si la desvinculación se produce por voluntad de ambas partes, ella no es fuente de responsabilidad, porque el hecho del cual proviene habría

¹⁰ Ver sobre esta materia la "Responsabilidad Civil por Daños ocasionados en la Relaciones de Familia". Conferencia de Gabriel Hernández Paulsen en el Colegio de Abogados. Noviembre de 2008.

sido gestado por ambos cónyuges, y la ruptura definitiva de la relación obedece a la decisión de ambos cónyuges. Dicho de otro modo, quien demanda indemnización por divorcio habría contribuido a causar este efecto.

Forzoso resulta, entonces, reconocer que una indemnización de perjuicios sólo procede en dos casos: i) cuando el divorcio se decreta como "sanción", esto es, cuando uno de los cónyuges reclama una "falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común" (artículo 54 inciso 1° de la LMC); y ii) cuando se trata de un divorcio por decisión unilateral de uno de los cónyuges (artículo 55 inciso 3° de la LMC), puesto que la cesación de la vida en común por el término establecido en la ley puede ser imputable sólo a uno de los cónyuges.

En el primer caso propuesto, ejecutoriada que sea la sentencia que decreta el divorcio, se abre al cónyuge "inocente" el derecho a demandar la reparación de los perjuicios que tengan como causa cierta y necesaria (adecuada) la falta en que incurrió el cónyuge culpable, sin que sea dable sostener que no ha habido culpa de su parte. La fijación de la indemnización, en consecuencia, quedará entregada, única y exclusivamente, a la prueba de los daños provocados y la relación de causalidad que exista entre el hecho (falta) atribuido al cónyuge "culpable" y los daños que sean acreditados. La cuestión se relaciona conceptualmente con la responsabilidad objetiva, ya que, configurada la causal de divorcio, en los términos indicados, sólo cabe acreditar los daños y la relación causal que los vincula a la falta sancionada. Como principio general de derecho, es posible invocar lo que sucede con las sentencias dictadas en un proceso criminal en que se condena al procesado. El artículo 178 del Código de Procedimiento Civil permite hacer valer en un juicio civil la sentencia condenatoria, a lo que se agrega lo prevenido en el artículo 180 del mismo cuerpo legal, según el cual: "Siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en juicio civil, no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento". No olvidemos al brocardo jurídico que señala que "allí en donde hay una misma razón debe existir una misma disposición".

Creemos, además, que esta interpretación es correcta, ya que el cónyuge "culpable", de acuerdo a la sentencia de divorcio, ha violado gravemente los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, ya sea para con el otro cónyuge o para con los hijos, en términos tales que no sea posible tolerar la vida común, objetivo esencial del matrimonio (conducta antijurídica). Quien procede de esta manera no puede estar sino obligado a reparar los perjuicios que se siguen de su comportamiento, sin que sea necesario acreditar el reproche subjetivo propio de la responsabilidad contractual.

En el segundo caso (divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges), la reparación indemnizatoria se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual, con la salvedad de que no se requiere acreditar un grado determinado de culpa (factor de atribución), dejando al juez la facultad de establecer si la conducta de quien demanda el divorcio es antijurídica (cese efectivo de la convivencia). En consecuencia, podrá demandar indemnización de perjuicios aquel de los cónyuges a quien sea imputable el cese de la convivencia (lo cual constituye una infracción al deber de convivencia). Si esta circunstancia sobreviene por hechos imputables a ambos cónyuges, no cabe la reparación indemnizatoria. Así, por vía de ejemplo, si uno de los cónyuges abandona al otro sin causa justificada, vulnera uno de los deberes esenciales del matrimonio y queda obligado a reparar los daños que provoca su conducta. Claro está que no será fácil probar que el abandono obedece a una decisión unilateral e injustificada.

Parece necesario destacar que, en ambos casos, entre los daños de mayor envergadura habrá de encontrarse la lesión de intereses extrapatrimoniales (daño moral). No nos cabe duda, atendida la tendencia de nuestra jurisprudencia, que este rubro es procedente, tanto más si se considera que el matrimonio tiene un contenido, proyección y alcance que exceden en mucho lo meramente patrimonial.

Réstanos definir, con mayor precisión, qué estatuto jurídico es aplicable en estos casos, ya que no son pocos los problemas que se suscitan al respecto (naturaleza de los daños que comprende la indemnización, plazos de prescripción, compensación de culpas, etcétera). A nuestro juicio, decretado el divorcio, no puede sostenerse, como ocurre con la nulidad, que el matrimonio no haya existido o que los efectos de la disolución del vínculo operen con efecto retroactivo. El divorcio disuelve el vínculo hacia el futuro y el matrimonio produce plenos efectos mientras éste subsistió. Lo que decimos es indiscutible en presencia de lo prevenido en el artículo 60 de la LMC, según el cual "El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente". De lo señalado se sigue que, no obstante ser el matrimonio una institución que externamente toma forma de contrato, deben aplicarse al mismo las normas de la responsabilidad contractual en lo que dice relación con los perjuicios indemnizables (artículos 1556 y 1558 del Código Civil), los plazos de prescripción de la acción indemnizatoria (artículo 2515 del mismo cuerpo legal), etcétera. Estas disposiciones, sin embargo, deben interpretarse atendiendo a la naturaleza del vínculo extinguido, ya que nunca será lo mismo fijar los perjuicios que se siguen del incumplimiento culpable de un contrato cualquiera, por importante que sea, que fijar los daños que produce la ruptura definitiva del vínculo conyugal.

Resumiendo nuestra posición en lo que concierne a la indemnización de perjuicios que el cónyuge inocente puede intentar contra el cónyuge declarado culpable del divorcio, digamos que siempre procederá esta reparación, que para obtenerla sólo es necesario probar los perjuicios y la relación causal con el divorcio, que se someterá a las normas de la responsabilidad contractual, salvo en lo que dice relación al factor de imputación que se sustituye por el juicio de antijuridicidad, y que ellas deben aplicarse atendiendo a la naturaleza misma del matrimonio, habida consideración de sus especificidades. Ahora, tratándose de una indemnización derivada del divorcio unilateral, deberá imputarse responsabilidad a aquel de los cónyuges cuya decisión provocó el cese de la convivencia (si lo hubiere), sin imponerle un determinado grado de culpa contractual, pero sí un comportamiento "antijurídico" que calificará el juez prudencialmente atendiendo a la naturaleza del vínculo matrimonial. En ambos casos, es procedente la reparación indemnizatoria.

No faltará quien afirme que el cónyuge "inocente" y el cónyuge "abandonado" pueden haberse expuesto imprudentemente a las faltas en que incurre el cónyuge culpable. Suele decirse que la ruptura matrimonial es siempre imputable, aun cuando en diversa medida, tanto a la conducta del marido como de la mujer. Lo indicado puede ser cierto, pero la LMC no contiene disposición alguna que permita la compensación de culpas (como sucede en la responsabilidad extracontractual conforme el artículo 2330 del Código Civil). Sin embargo, para los efectos de determinar la indemnización que reclama el cónyuge inocente, el juez, en la práctica, deberá considerar este factor, no para exonerar de responsabilidad al culpable, sino para medir la cuantía de la reparación. No vemos ninguna otra posibilidad de atender al hecho cierto de que, en la mayoría de los casos, la ruptura es el resultado de conductas compartidas.

Conviene preguntarse qué incompatibilidad observamos entre la compensación económica de que trata el artículo 61 de la LMC y la indemnización de perjuicios. Sobre este particular hay que tener en consideración que no puede demandarse indemnización de perjuicios por la hipótesis descrita en referido artículo 61 de la LMC, esto es, por haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado preferente de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudiendo desarrollar actividades remuneradas o lucrativas durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que quería o podía. Este tipo de compensación especial no es indemnizatoria, está sometida a un estatuto jurídico de excepción, debe hacerse valer cuando corresponde, precluyendo (caducando) si así no ocurre, y tiene por objeto restaurar un equilibrio patrimonial que se supone debe existir entre los cónyuges. Puede afirmarse que, como regla general, la "compensación económica" no está condicionada a la ejecución de una conducta "antijurídica material", puesto que dicha conducta está descrita en la LMC (artículos 54 y 55 inciso 3°). Sin embargo, el artículo 62 inciso 2° de la LMC previene que "Si se decretare el divorcio en virtud del

artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto". Por lo tanto, de este derecho sólo gozan quienes tienen "mérito" para ello, lo cual consiste en no haber dado lugar a la causal que ha motivado la disolución del vínculo. Además, es destacable el hecho de que, al facultarse al juez para "disminuir prudencialmente el monto de la compensación", se está reconociendo que opera en este instituto la "compensación de culpas", puesto que la reducción del monto no puede hallarse basada sino en este propósito. Con todo, observamos un vacío en esta disposición (artículo 62 inciso 2°), susceptible de corregirse por vía interpretativa. Él consiste en no mencionar el artículo 55 inciso 3° (divorcio por decisión unilateral). Este "abandono" puede ser imputable a uno de los cónyuges y dar lugar a indemnización (el cese de la convivencia es una conducta "antijurídica formal"). Por ende, es perfectamente aplicable la extinción o reducción prudencial de la compensación si el cónyuge acreedor ha provocado el cese de la convivencia.

Lo indicado en el párrafo anterior, en cuanto a la extinción o reducción del derecho por la falta de mérito, no tiene aplicación tratándose de la nulidad del matrimonio, lo cual resulta lógico porque el vínculo se extingue, incluso con efecto retroactivo, sin perjuicio de las excepciones legales, y porque se ha incurrido en una infracción calificada expresamente en la ley como motivo de nulidad.

4. La compensación económica es un derecho sujeto a caducidad

La compensación económica del artículo 61 de la LMC es un derecho sujeto a caducidad (extinción por el solo ministerio de la ley al no cumplirse las exigencias impuestas a su titular para hacerla efectiva). Puede afirmarse que pesa sobre el titular de este derecho una "carga", que consiste en hacerlo valer en la oportunidad que corresponde. El artículo 64 de la LMC es claro en cuanto este derecho debe alegarse en la demanda de nulidad o divorcio o en la respectiva reconvencción o inmediatamente después de la audiencia de conciliación, luego de la advertencia que el juez está obligado a hacer en cuanto a la existencia de este derecho, y antes de que los autos pasen a la etapa siguiente. Creemos conveniente, en este último evento, que el juez fije un plazo breve para el ejercicio del derecho antes de dar curso progresivo a los autos de conformidad a los artículos 55 y siguientes de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia. De esta manera, desaparece la incertidumbre que se genera por el hecho de no haberse ejercido el derecho en la demanda de divorcio ni en la reconvencción.

El derecho, por consiguiente, caduca en dos casos:

- a. Tratándose del divorcio mutuamente consentido y solicitado, si el acuerdo a que alude el artículo 55 inciso 2° de la LMC no lo establece ni lo regula. En el fondo esta omisión implica una especie de renuncia a la compensación económica, ya que ha de suponerse que los cónyuges entienden que no se dan los presupuestos antes mencionados para que tenga lugar; y
- b. Cuando en los demás casos –divorcio sanción y ejercicio unilateral de la acción– este derecho no se reclame en la demanda ni en la reconvenición, ni con posterioridad en escrito complementario, debidamente informados por el Juez de la existencia del derecho en la audiencia de conciliación (artículo 64 incisos 1° y 2° de la LMC).

En ambos casos, se produce, decíamos, la caducidad del derecho por las siguientes razones: i) la naturaleza de la compensación económica es sui géneris, excepcional y de derecho estricto, por ende no puede interpretarse extensivamente; ii) decretado el divorcio, no subsisten más que las obligaciones contenidas en la sentencia en lo que concierne a las relaciones patrimoniales de los involucrados; iii) una acción indemnizatoria posterior al divorcio no comprende la reparación de un desequilibrio fundado en la distribución de roles en la vida en común, asignación perfectamente legítima, que no puede considerarse infracción de una obligación preexistente que sirva de antecedente a una acción reparatoria; iv) lo que representa la compensación económica no constituye un daño indemnizable (ni daño emergente, ni lucro cesante, ni daño moral), sino la intención del legislador de resguardar un equilibrio patrimonial que no tiene otro antecedente que las referidas asignaciones de roles en el matrimonio; v) la ley impone “una carga procesal” al titular de este derecho, si ésta no se satisface sobreviene la caducidad; vi) la ley señala que la compensación económica debe ser convenida por las partes, tanto en su monto como en la forma de pago, y sólo a falta de este acuerdo corresponde al Juez determinar ambas cosas en la oportunidad contemplada en la ley; vii) si este derecho subsistiera después de decretado el divorcio, su ejercicio posterior infringiría el artículo 60 de la LMC, que dispone que “El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”, y el artículo 50 de la misma, que preceptúa que “La nulidad produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la declara, retrotrayéndose las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial...”; viii) en el caso que analizamos confluyen las dos fuentes de la caducidad, esto es, la consunción del plazo y el incumplimiento de una carga, lo anterior porque el derecho debe ejercerse y ello ocurrir en un cierto plazo que está dado por la interposición de la demanda, la reconvenición o el escrito complementario de que trata el artículo 64 de la LMC; y ix) la caducidad, en este caso, está integrada, además, por la información que el juez está obligado a proporcionar a los interesados sobre la

existencia de este derecho en el comparendo de conciliación de que trata el Capítulo VII, Párrafo 2° de la LMC.

Conviene preguntarse: ¿Qué ocurre si el Juez, desatendiendo lo ordenado perentoriamente en la ley, no advierte a las partes sobre el derecho a la “compensación económica” y éste no es ejercido? Podría pensarse que se trata de un trámite esencial que acarrea la nulidad del comparendo de conciliación y, por lo tanto, de la sentencia de divorcio. No es esta nuestra opinión. Creemos nosotros que si las partes no son informadas de la existencia del derecho, simplemente no opera la caducidad y el derecho subsiste pudiendo ejercerse ante el mismo Tribunal y debiendo dictarse una sentencia complementaria. Recordemos que la caducidad o preclusión de un derecho sólo se produce cuando concurren todos los presupuestos consagrados en la ley y que, como se dijo, nos hallamos ante una institución de derecho estricto, excepcional y que debe interpretarse restrictivamente. Por lo tanto, forzoso resultar reconocer que el derecho subsiste y que puede ejercerse mientras no haya prescrito.

Por último, cabe también formularse otra pregunta: ¿Qué ocurre si el juez en su sentencia, a falta de acuerdo entre las partes, acoge el derecho a “compensación económica”, pero no determina la forma de pago de la misma, como lo ordena el artículo 65 de la LMC? Creemos que en este supuesto puede también solicitarse la complementación de la sentencia o, ante la ejecución forzosa pedida por el acreedor, alegarse por parte del deudor alguna de las modalidades de pago a que se refieren los artículos 65 y 66 de la LMC.

5. Compensación económica y régimen patrimonial en el matrimonio

Discutible resulta precisar qué relación existe entre el régimen de bienes en el matrimonio y la “compensación económica” de que trata la LMC. A primera vista se trata de dos instituciones diversas que no se contradicen ni condicionan. Pero, en verdad, la cuestión no es tan simple.

Comencemos por definir qué importancia debe asignarse al patrimonio de cada uno de los cónyuges y qué es lo que debe compensarse mediante esta institución.

La situación patrimonial de las partes está mencionada ligeramente al especificarse cuáles son los parámetros que el juez debe considerar “especialmente” para fijar el monto de la compensación (“existencia del menoscabo económico y cuantía de la compensación”). Nuestra ley alude, simplemente, “a la situación patrimonial de ambos” cónyuges. De lo señalado se desprende que la fuerza del patrimonio no es más que un antecedente a considerar, entre varios otros, para medir el menoscabo económico experimentado por el cónyuge que se

dedicó a las tareas propias del hogar y al cuidado de los hijos. No se trata, entonces, de compartir un patrimonio ni de participar en el éxito económico que pudo obtener el otro cónyuge.

Por otro lado, debemos precisar qué se compensa. El equilibrio que se procura alcanzar con la aplicación del artículo 61 de la LMC no tiene directa relación con aquello que obtuvo el cónyuge deudor con su actividad productiva, sino con lo que dejó de ganar aquel otro dedicado a tareas familiares y domésticas. Por lo tanto, pueden ocurrir dos cosas: que uno de los cónyuges se haya enriquecido y deba pagar una parte menor de su fortuna porque la productividad del otro cónyuge era presumiblemente mínima en relación al deudor; o, bien, que el cónyuge que dedicó su esfuerzo al trabajo haya obtenido escasos beneficios y deba compensar al otro lo que dejó de recibir al verse privado total o parcialmente de realizar una actividad remunerada. De aquí que la ley contemple la posibilidad de que “el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación...” (artículo 66 de la LMC). Esto demuestra que la compensación no reviste la forma de participación o de comunidad de utilidades en el matrimonio, sino, como su nombre lo indica, la forma de equilibrar lo que cada cual pudo rendir en el evento de haberse dedicado al trabajo productivo. Lo que señalamos nos resulta de la mayor importancia, porque existe la tendencia natural de relacionar la compensación con el éxito económico que uno de los cónyuges tuvo en el matrimonio. Lo dicho no implica negar lo que se sostuvo en las páginas precedentes, en orden a que tras este derecho gravita, como sustrato de la ley, la presencia de una “comunidad virtual”, pero restringida a la capacidad productiva de cada uno de los cónyuges.

Sobre la base de lo manifestado, corresponde examinar qué relación tiene este derecho con el régimen de bienes del matrimonio.

Desde luego, hay que reconocer que la cuestión se plantea respecto de dos regímenes de bienes en el matrimonio: sociedad conyugal y participación en los gananciales. Si los cónyuges se hallan totalmente separados de bienes, no se genera cuestión alguna y prevalecerán las disposiciones del Capítulo VII de la LMC.

a. Principio general

Si el régimen de bienes que regula los intereses de los cónyuges en el matrimonio implica, en alguna medida, cualquiera que ella sea, compartir los bienes que se adquieren durante la vida común, la diferencia (desequilibrio) que la ley procura corregir será menor o desaparecerá y, por ende, lo mismo ocurrirá con el monto o la existencia de la compensación. Es indudable que si todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio inciden equilibradamente

en la situación patrimonial de los cónyuges, aquel que se ha dedicado a las tareas de hogar y el cuidado de los hijos se verá escasamente perjudicado por la pérdida patrimonial que ello le acarrea. Sin embargo, no puede rechazarse de plano la posibilidad de que, no obstante la comunidad de bienes o el derecho a un crédito de participación, exista un desequilibrio que deba compensarse en caso de nulidad de matrimonio o divorcio. En conclusión, el régimen de bienes en el matrimonio no sirve de fundamento para reclamar o excluir el derecho a compensación, pero tiene incidencia en “la situación patrimonial” de los cónyuges, que es uno de los elementos que debe considerar el Tribunal para la determinación del monto de la compensación.

b. Factores que deben considerarse para la determinación de la compensación

El artículo 62 de la LMC se encarga de precisar qué factores deben considerarse para los efectos de determinar la “existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación”. Se trata de una norma imperativa de la cual el juez no puede prescindir. La ley no fijó un orden de prelación entre estos elementos, razón por la cual será el sentenciador el llamado a invocarlos y asignarles la importancia que corresponde en cada caso. La enumeración de estos factores no es taxativa, sino meramente referencial, puesto que la norma señala “se considerará, especialmente...”, lo cual revela que puede atenderse a otras circunstancias no señaladas en la ley.

El primer elemento alude a “**la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges**”. Esta disposición plantea una cuestión adicional: ¿debe considerarse la convivencia de hecho previa al matrimonio, si la hubo, o sólo la duración de la vida en común mientras estaba vigente el vínculo conyugal? A nuestro juicio, la ley autoriza al juez para calificar la vida en común anterior al matrimonio, puesto que durante ese período se configuran los mismos presupuestos de hecho que dan lugar a reclamar esta compensación. Así, por ejemplo, si los cónyuges han convivido durante diez años, contraen posteriormente matrimonio y éste se disuelve al cabo de cinco años, sería injusto y contradictorio atender sólo a este último lapso para compensar a aquel que se hizo cargo de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. Desde otra perspectiva, la letra de la ley permite sostener esta interpretación, si se atiende al principio enunciado en el artículo 3° de la LMC, que ordena resolver esta cuestión cuidando “proteger siempre el interés del cónyuge más débil”. Podría pensarse que el tenor literal de la norma conduce a una conclusión distinta, ya que ella invoca “la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges”. Empero la alusión a la “vida en común” comprende, creemos nosotros, todo el tiempo durante el cual ha habido convivencia, unión de cuerpos y desempeño de roles que se implican. Reafirma lo que señalamos el hecho de que la

compensación, sin duda alguna, comprende el período en que los cónyuges separados siguen ligados por el vínculo matrimonial, lo cual revela que este factor comprende dos situaciones independientes: la extensión del matrimonio y la vida en común. Si hay derecho a compensación durante el matrimonio sin vida en común, no existe razón alguna para negarlo cuando hay vida en común sin matrimonio. En suma, para los efectos que analizamos, debe el juez considerar la duración del matrimonio y de la vida en común anterior (cuando la hubo) y posterior al matrimonio.

El segundo elemento consiste en ponderar **“la situación patrimonial de ambos”**. Esta referencia conduce a dar a la compensación económica un cierto carácter asistencial, puesto que si existe una diferencia sustancial en la fuerza de cada patrimonio, la compensación se incrementará en favor del cónyuge (débil) titular de este derecho. No puede omitirse la circunstancia de que con el divorcio se extingue el derecho de alimentos y los derechos sucesorios recíprocos que corresponden a cada cónyuge (hoy herederos legitimarios). Por lo tanto, corresponderá al juez resarcir al más débil mediante la determinación de la compensación ordenada en el artículo 61 de la LMC. Sostenemos, en consecuencia, que en el evento de que exista una desproporción considerable entre el patrimonio de uno y otro, el juez debe compensar la pérdida de los derechos patrimoniales que se extinguen por causa de la nulidad del matrimonio o el divorcio, incrementando la compensación, porque la actividad del cónyuge dedicado a las tareas del hogar y cuidado de los hijos ha contribuido, en cierta proporción, al incremento o conservación de los bienes del cónyuge dedicado a tareas lucrativas. En alguna medida el artículo 60 de la LMC recoge esta idea. Según señala esta disposición, *“El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”*. Como puede constatarse, en cierta medida, la ley asocia la pérdida de los derechos sucesorios y de alimentos a la compensación económica. Por lo mismo, asignamos un alcance amplio al factor que se analiza, ya que denota la intención de la ley y la manera de hacer efectiva la protección del cónyuge más débil.

El tercer elemento consiste en la **“la buena o mala fe”**. Como parece obvio, este elemento no está referido a la conducta de uno u otro cónyuge, sino que a ambos. Así, por ejemplo, el juez deberá analizar si, tratándose de la nulidad del matrimonio, ha habido dolo por parte de alguno de los contrayentes (como el ocultamiento de un impedimento) o, tratándose del divorcio, ha habido infracción a los deberes que impone el matrimonio por parte de uno de ellos. Se trata, entonces, de otro factor que amplía considerablemente las facultades jurisdiccionales para determinar el **“menoscabo económico”** que justifica esta compensación. Interesa destacar que no se advierte una relación

causal entre el fundamento de la compensación (perjuicio experimentado por uno de los cónyuges como consecuencia de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería) y la buena o mala fe de cualquiera de ellos. La falta de una aparente relación causal (entre la buena o mala fe y el menoscabo económico que se trata de compensar), revela que este derecho es muchísimo más amplio de lo que se piensa y que, al determinarse su existencia y cuantía, puede sancionarse la mala fe y premiarse la buena fe, todo ello elevando o disminuyendo el monto de la compensación. Dicho de otro modo, puede afirmarse que la ley puso en manos del juez un instrumento para mejorar la situación del cónyuge perjudicado cuando ha sido víctima de la mala fe del otro cónyuge, aun cuando ello no haya tenido efecto en el desequilibrio patrimonial que se trata de resolver. Constatamos, nuevamente, que la naturaleza jurídica de la compensación económica es compleja, por cuanto influyen en ella una serie de factores que no se avienen con los elementos constitutivos de este derecho excepcional.

El cuarto elemento es **“la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario”**, Vuelve a aparecer otro factor, aparentemente desvinculado del “menoscabo económico” en que se funda el derecho a compensación económica. Por lo mismo, se trata de un nuevo antecedente para extender la aplicación de este derecho y compensar al cónyuge más débil cuando se halla desvalido por efecto de la salud y de la edad.

El quinto elemento es **“la situación (del cónyuge beneficiario) en materia de beneficios previsionales y de salud”**. Queda patente la voluntad de la ley en lo que dice relación con la suerte del cónyuge perjudicado por la distinta asignación de roles. Indudablemente, ninguno de estos elementos determina el menoscabo económico que se sigue de no haber desarrollado una actividad remunerada por el hecho de haberse dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. ¿Por qué, entonces, deben considerarse los beneficios previsionales y de salud del cónyuge más débil? La respuesta nos parece evidente: porque la compensación económica de que trata el artículo 61 de la LMC es el medio a través del cual es posible reparar los efectos de la disolución del vínculo matrimonial respecto del cónyuge más débil.

El sexto elemento es la **“cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral”** del cónyuge beneficiario. Esta vez la ley se ocupa del futuro productivo del titular de este derecho, cuestión ajena a la causa que justifica la compensación económica, salvo que se circunscriba a un antecedente histórico que sirva para determinar el menoscabo económico y la cuantía del mismo. A nuestro juicio, ambas cosas quedan comprendidas en el factor mencionado, reforzando, todavía más, lo anotado en los párrafos anteriores.

El séptimo y último elemento consiste en **“la colaboración que (el cónyuge beneficiario) hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”**. Este antecedente sí que se halla referido al menoscabo efectivo que se trata de compensar, extendiéndose el beneficio más allá del presupuesto descrito en el artículo 61 de la LMC, puesto que se busca reparar un enriquecimiento injusto derivado del trabajo colaborativo del cónyuge titular de este derecho.

Llama poderosamente la atención que para los efectos de determinar el “menoscabo económico y la cuantía de la compensación”, como reza el artículo 62 de la LMC, se recurra a una serie de elementos que no buscan precisar el menoscabo efectivo sufrido por el cónyuge perjudicado con la distinta asignación de roles en el matrimonio, sino más bien mejorar la situación del cónyuge más débil. A primera vista podría pensarse que la compensación exige un cálculo objetivo encaminado a fijar la existencia y cuantía de un cierto menoscabo sobre la base de parámetros bien definidos. Sin embargo, ello no es así, porque la misma ley considera elementos que parecen apuntar en una dirección bien distinta, como queda de manifiesto en lo comentado, lo cual compromete la naturaleza de esta institución.

Nuestra ley, en el inciso 2° del artículo 62, faculta al juez para **denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal de divorcio o disminuir prudencialmente su monto**. ¿Qué relación tiene esta disposición con el hecho de que durante el matrimonio uno de los cónyuges no pudiera desarrollar una actividad remunerada por haberse dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos? En estricta lógica: ninguna. Lo indicado refuerza, entonces, la afirmación anterior en orden a que la compensación económica es un instrumento que permite al juez amparar al cónyuge “más débil” y reparar, en alguna medida, la situación de menoscabo a que puede ser arrastrado. Asimismo, impedir que este derecho beneficie a quien provocó la ruptura definitiva del vínculo matrimonial.

6. ¿Puede el derecho a compensación económica renunciarse anticipadamente?

No cabe duda que el derecho a compensación económica es renunciable una vez demandado el divorcio o la nulidad de matrimonio, puesto que basta para ello no ejercerlo en la oportunidad establecida en la ley para que éste precluya, como quedó dicho. Tiene en esta materia plena aplicación el artículo 12 del Código Civil, ya que la renuncia no está prohibida en la ley y el derecho mira el interés individual del renunciante. Sin embargo, la renuncia anticipada (por ejemplo en una estipulación de las capitulaciones matrimoniales) plantea varios problemas.

Desde luego, se trata de una materia de "orden público", ya que integra el estatuto matrimonial que organiza y regula el funcionamiento de la familia. Por lo mismo, si la ley no autoriza la renuncia, ella carecerá de validez. Abona lo que se señala el hecho de que todos los acuerdos patrimoniales entre los cónyuges, tratándose del régimen de sociedad conyugal de bienes (régimen de derecho en nuestra ley en cuanto se entiende pactado en el silencio de los contrayentes), deben adoptarse mediante capitulaciones o convenciones matrimoniales. El artículo 1717 del Código Civil se refiere al contenido de estas capitulaciones en los siguientes términos: "Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a la buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes".

De la norma trascrita deducimos que si ambos cónyuges o uno de ellos renunciara anticipadamente (al momento de contraer matrimonio) al derecho de reclamar, en caso de nulidad o de divorcio, compensación económica, se infringiría el inciso 2° del artículo 1717 del Código Civil, por cuanto se lesionaría un derecho que la ley concede a uno de los cónyuges respecto del otro. Si ello ocurre en el régimen de sociedad conyugal, no podría sostenerse que no sucede lo mismo en los demás regímenes de bienes del matrimonio. Insistimos en el adagio jurídico de "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". Excluimos nosotros la idea de que nuestra LMC permite la celebración de convenciones matrimoniales llamadas a regular los derechos que las leyes conceden a los cónyuges en caso de divorcio o nulidad. El campo de la "autonomía privada" está muy restringido en materia de familia, precisamente porque se trata de normas de orden público en que prima el interés social por sobre el interés individual.

7. Verdadero alcance de la compensación económica de que trata el artículo 61 de la LMC

Todas las reflexiones anteriores nos llevan a sostener que la compensación económica de que trata el Capítulo VII Párrafo 1° de la LMC, no se halla limitada ni tiene por objeto exclusivamente permitir que el cónyuge impedido de desarrollar actividades remuneradas o lucrativas durante el matrimonio consiga una reparación que restaure el equilibrio roto por la asignación de distintos roles durante la vida en común. Ella, atendido los factores analizados precedentemente y las facultades excepcionales que se confieren al juez para denegarla o reducirla prudencialmente, está llamada a proteger al cónyuge más débil e impedir que la pérdida del derecho de alimentos y de sus expectativas sucesorias lo condenen a la miseria y la marginalidad luego de su vida matrimonial.

Hemos sostenido repetidamente que la ley tiene una intención y una voluntad propias y que ella se independiza de su autor. La voluntad de la ley no es la voluntad de quienes le dieron vida, cuestión que está ultrademostrada en la teoría de la hermeneútica legal. Puede sostenerse, por ende, que no fue el alcance interpretativo que proponemos el que motivó la aprobación de la LMC. Pero nos parece evidente, atendidas las razones expuestas, que ella representa su verdadera intención y espíritu. No olvidemos que el elemento histórico de interpretación está restringido sólo a alumbrar el elemento lógico, no así el elemento sistemático, ni muchos menos el espíritu general de la legislación (principios generales de derecho), o la equidad natural (elementos de clausura en la fase de interpretación formal).

Desde otra perspectiva, no puede prescindirse del medio social regulado por el derecho, especialmente en materia tan sensible como es todo lo relacionado con la familia y el matrimonio. La realidad sociológica en nuestro país, sin necesidad de invocar estudios, estadísticas o investigaciones especializadas, induce a reconocer que es la mujer la encargada tradicionalmente de atender las tareas domésticas del hogar y que, por razones incluso naturales, es ella también la llamada a atender la crianza y cuidado de los hijos. Por lo mismo, el derecho a compensación económica, en caso de nulidad del matrimonio o divorcio, accede en favor de la mujer, casi sin excepción. Lo señalado, unido a las desventajas que todavía hoy día afectan a la mujer en el mercado laboral, lleva a concluir que será ella, casi siempre, el "cónyuge más débil" y el que menos posibilidad tiene de forjarse una situación económica sólida y estable durante la vida matrimonial.

Por lo tanto, es intolerable –creemos nosotros– que luego de decenas de años de vida común, un cónyuge rico (en términos relativos), pueda desentenderse absolutamente de la suerte y destino del otro cónyuge, con quien, incluso, formó una familia, abandonándolo a su suerte. No nos parece admisible afirmar que la ley no da solución a este problema, como consecuencia de que no dejó subsistente ni el derecho de alimentos ni la vocación sucesoria. Lo anterior puede ser efectivo (como por lo demás lo señala el artículo 54 de la LMC), pero el derecho a reclamar la "compensación económica" es el llamado a paliar esta injusticia atroz. No puede perderse de vista, además, que las deficiencias que acusan las leyes deben superarse mediante la interpretación, siempre que ella, como ocurre en este caso, no contravenga, sino más bien confirme, el sentido y la voluntad de la ley. Agreguemos, aún, el hecho de que determinar con precisión el perjuicio que uno de los cónyuges experimentó por efecto de no haber desarrollado una actividad económica remunerada, es extremadamente difícil. Basta remitirse, por ejemplo, a la depresión que naturalmente provoca no haberse podido realizar como profesional, empresario, funcionario público o privado, seguido de una ruptura matrimonial, la mayor parte de las

veces traumática. ¿Es dable considerar estos aspectos para tasar el menoscabo económico frente a la hipótesis descrita en el artículo 61 de LMC? A la luz de los factores precedentemente analizados, nadie podría negar el hecho de que éstos constituyen antecedentes valiosos para la determinación y cuantía de la compensación económica. Nosotros, además, estimamos que con los instrumentos de que dispone, el juez está en situación de salvar lo que aparentemente podría considerarse un vacío de la LMC, esto es, la desprotección y abandono en que puede quedar uno de los cónyuges como consecuencia de la ruptura matrimonial. De ser otra la interpretación que nuestros tribunales den a estas disposiciones (Capítulo VII Párrafo 1° de la LMC), se consolidaría una aberración en el estatuto que rige el matrimonio en desmedro de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, porque tampoco puede negarse que es ella (la mujer) la que, por regla general, una vez producida la ruptura, mantiene los lazos que unen a sus integrantes.

En suma, sostenemos que el derecho a “compensación económica” es un recurso que permite al juez reparar, no sólo el perjuicio experimentado por el cónyuge impedido de desarrollar actividades remuneradas como consecuencia de la asignación de roles en la vida común, sino el medio puesto a su disposición para amparar al más débil ante la disolución del vínculo matrimonial.

Una futura reforma de nuestra legislación debería ampliar el derecho que comentamos o, bien, conceder al “cónyuge más débil” una asignación alimenticia o derechos sucesorios, especialmente cuando el matrimonio ha perdurado durante muchos años.

8. Modalidades de pago de la compensación económica

La ley ha reglamentado la forma de pago de la compensación económica, lo cual nos parece acertado, ya que se trata de un efecto práctico importante.

a. Regla principal

La forma de pago queda entregada a la voluntad de las partes. Son ellas las llamadas a establecer su procedencia y su cuantía. Nuestra ley exige, sin embargo, la concurrencia de algunos requisitos para dar validez a este acuerdo.

i. Los cónyuges deben ser mayores de edad, esto es, mayores de 18 años (recuérdese que para contraer matrimonio se requiere tener a lo menos 16 años). ¿Qué ocurre si los cónyuges son menores de edad? A nuestro juicio, en este caso, no cabe la representación legal, porque por efecto del matrimonio –si fueren menores de 18 años– habría operado la emancipación legal (artículo 270 N° 3 del Código Civil). En consecuencia, necesariamente, la procedencia

y cuantía de la compensación debe ser decidida por el juez competente a requerimiento de un curador ad litem en los términos previstos en el artículo 494 del Código Civil. Obtenida que sea una compensación económica en favor del menor, será necesario designarle un curador, de acuerdo a lo ordenado en los artículos 435 y siguientes del Código Civil, hasta que alcance su mayor edad.

ii. Se trata de un acuerdo solemne que debe constar por escritura pública o acta de avenimiento ante el Tribunal.

iii. Debe ser aprobado por el juez en uno y otro caso en términos formales y explícitos.

iv. El acuerdo debe versar necesariamente sobre la procedencia del derecho, pudiendo omitirse la determinación de la cuantía y la forma de pago. Si nada se dice sobre la cuantía, ella será decidida por el juez, y si nada se dice acerca de la forma de pago, se entenderá que será de contado.

v. Este acto, como se señaló, es puro y simple, pero sólo respecto del derecho a ser titular de compensación económica. Creemos que no puede quedar condicionada la existencia del derecho a modalidad alguna porque, en tal caso, no hay acuerdo. Lo que señalamos se desprende de lo prevenido en el artículo 63 de la LMC, que trata derechamente de un acuerdo sobre la procedencia y la cuantía de la compensación. Sin embargo, no descartamos la posibilidad de que el acuerdo sólo se extienda a la procedencia del derecho (acuerdo parcial), quedando pendiente, como se dijo, la cuantía y la forma de pago.

b. Regla accesoria

En el supuesto de que no exista acuerdo entre las partes sobre forma de pago de la compensación, será el juez el llamado a decidir. La forma de pago debe estar contenida en la sentencia de divorcio o nulidad de matrimonio. Nuestra ley, en el artículo 65 de la LMC, facultó al Tribunal para adoptar diversas modalidades de pago con amplias prerrogativas al efecto.

i. Puede el juez ordenar la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de una cantidad de dinero, puede ordenar su pago en una o varias cuotas reajustables, adoptándose las medidas para asegurar su pago.

ii. Puede también el juez disponer la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. Agrega la ley que estos derechos “no perjudicarán a los acreedores que el propietario hubiera tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo”. De

lo señalado se sigue que los derechos aludidos (usufructo, uso y habitación) son inoponibles a los acreedores del cónyuge deudor, siempre que hayan tenido tal calidad a la fecha de constituirse el respectivo derecho, e inembargables respecto de los acreedores del cónyuge beneficiario. Lo anterior es un claro testimonio de que este beneficio es extraordinario y excepcional.

iii. La ley se pone en la hipótesis de que el cónyuge deudor no tuviera bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante alguna de las modalidades anteriores. En tal caso, dice el artículo 66 de la LMC, podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario, tomando en consideración la capacidad económica del deudor y expresando cada cuota en alguna unidad reajustables. En el inciso 2° de esta disposición añade que: *“La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”*.

Esta última regla sugiere varios comentarios. Desde luego, la ley se pone en el supuesto de que deudor no “tuviera bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación”, a pesar de haber obtenido alguna de las facilidades de que trata el artículo 65. De ello se sigue que la compensación no implica una distribución de bienes ni un ajuste entre patrimonios. Lo que el cónyuge obligado a pagar compensa es la barrera que generó la asignación de roles en el matrimonio, a consecuencia de lo cual uno de ellos no pudo realizar tareas remuneradas o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería (interpretación restrictiva conforme lo sostenido en los párrafos anteriores). Este aspecto, entonces, permite descartar la posibilidad de que se atribuya a la compensación económica el carácter de medio para distribuir una acumulación de riqueza producida durante el matrimonio.

La norma que examinamos acota, además, que las cuotas en que se divide la deuda, cuando se conceden facilidades para el efecto de su pago, deben expresarse en alguna unidad reajutable. Lo indicado no es más que la reiteración de numerosas otras disposiciones que forman parte de nuestra “cultura inflacionaria”, habituados, como estamos, a sufrir bruscas fluctuaciones en el valor del dinero. Lo propio ocurre en el artículo 1734 del Código Civil, que se refiere a las recompensas que deben pagarse cuando se liquida la sociedad conyugal, y en el artículo 1792-21 del mismo Código, que reglamenta el pago del “crédito de participación” en los gananciales en este régimen.

Finalmente, la disposición agrega que dividida la deuda que se origina con la “compensación económica” en cuotas, cada una de ellas *“se considerará alimentos para los efectos de su cumplimiento, a menos que se hubiere ofrecido otra garantía para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”*.

Conforme a lo expresado, la naturaleza jurídica de este derecho no es alimentaria. Ello queda descartado por el solo hecho de que la ley "considere alimentos" cada cuota, pero para el solo efecto de su cumplimiento. En otros términos, se trata de aplicar al deudor los apremios que contempla la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. De aquí que el autor nos diga: "La circunstancia de que la ley indique se considerará también es de importancia, toda vez que aquello que es considerado por la ley como algo, es porque intrínsecamente no lo es, y sólo mediante el mecanismo de una ficción jurídica se varía su naturaleza para lograr ciertos propósitos de orden jurídico, como ocurre en la especie, que se busca dar una mayor efectividad al cobro de la compensación económica".¹¹

Como conclusión podemos afirmar que si bien el artículo 66 de LMC no sirve para desentrañar la naturaleza jurídica de la compensación, al menos permite descartar la tesis de que se trataría de un derecho de naturaleza alimenticia.

9. La compensación en el derecho comparado

Parece útil referirse al derecho comparado en lo relativo a la compensación económica que, por diversos conceptos, reciben los cónyuges divorciados. Creemos que en esta materia nuestra ley desprotege exageradamente al cónyuge más débil, dejándolo en muchas ocasiones, como se señaló en lo precedente, en estado de abandono.

En **Francia**, hasta el año 1975, se asignaba al cónyuge divorciado, cuyos recursos eran insuficientes para subsistir, una pensión de alimentos. De esta manera, se extendía el deber de socorro que asiste a los cónyuges más allá del matrimonio. En 1975 se modificó el Código Civil francés, eliminándose toda referencia al carácter alimenticio de la asistencia económica que se dispensaba al contraente que carecía de lo necesario para subsistir. Sin embargo, se mantuvo una asistencia económica al cónyuge que carecía de lo necesario para subsistir, pero destinada a compensar el desequilibrio en las condiciones de vida provocado por la ruptura matrimonial.¹² **Como puede comprobarse, no se deja al cónyuge más débil (aquel que carece de lo necesario para asegurar su subsistencia) en la más absoluta orfandad, como ocurre entre nosotros.**

En **Italia** ocurre otro tanto. Los juristas han hallado la forma de dotar al cónyuge más desvalido de una asignación por el divorcio. "En 1987 se contempla una referencia al estado de necesidad del cónyuge acreedor de la asignación,

¹¹ Ismael Eduardo Verdugo Bravo. Trabajo citado. Pág. 498.

¹² Ismael Eduardo Verdugo Bravo. Analiza la reforma del artículo 301 del Código francés y sus características. Trabajo citado. Pág. 486.

como elemento determinante de la asignación de divorcio, a lo cual se debe agregar que se elimina el divorcio en su aspecto sancionador, motivo por el cual se termina el fundamento indemnizatorio. Es decir, es el desequilibrio económico, en nuestro parecer, el fundamento de la asignación, no obstante lo cual algunos autores insisten en una especie de 'solidaridad familiar', muy similar al fin asistencial, como fundamento de la asignación".¹³ **Nuevamente queda en evidencia que el cónyuge más débil no es abandonado a su suerte luego de decretado el divorcio.**

En **Alemania** sucede lo mismo. Si uno de los cónyuges divorciados, no obstante no mantenerse el deber de socorro, no puede subsistir con sus propios recursos, está habilitado para demandar alimentos al otro. Incluso se señalan los presupuestos para que tal ocurra: la imposibilidad de ejercer una actividad remunerada; que el beneficiado no encuentra una actividad relacionada con su calidad profesional; que éste se vea obligado a reanudar una determinada instrucción educacional interrumpida por el matrimonio; que razones de equidad justifiquen el beneficio. **También en el derecho alemán la ley sale en defensa del cónyuge indefenso económicamente por causa del divorcio.**

En **España** la situación es semejante. Como se transcribirá más adelante, el artículo 97 del Código Civil, fundado en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, y siempre que ello implique un empeoramiento de su situación anterior al matrimonio, el perjudicado tiene derecho a impetrar una pensión, sea temporal o indefinida. **La tendencia es la misma que la que se observa en las legislaciones anteriores.**

En **Argentina** ocurre lo propio. El artículo 217 del Código Civil se remite, en cuanto a los efectos del divorcio, a los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 217, ubicados a propósito de la separación de cuerpos. El artículo 209 expresa lo que sigue: "Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación persona (divorcio), si no tuviere recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviere medios, le provea lo necesario para su subsistencia". A su vez, los artículos 210 y 218 establecen las causales de extinción de este derecho. **Insistimos en que los principios son los mismos.**

En **Perú** se sigue similar criterio. El artículo 350 del Código Civil, conforme la modificación introducida el año 2001, expresa lo siguiente: "Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir

¹³ Ismael Eduardo Bravo. Trabajo citado. Pág. 486.

sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor a la tercera parte de la renta de aquél. El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivo al divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar las exoneraciones y, en su caso, el reembolso". El artículo 351 del mismo Código dice que: "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral". **Vuelve el legislador peruano sobre el mismo punto, brindando un resguardo justo al cónyuge más débil.**

Como puede apreciarse, la tendencia de todas estas legislaciones apunta en la misma dirección. El matrimonio genera una comunidad de vida que, al extenderse por algún tiempo, impone un deber moral mínimo a cada uno de los ex cónyuges, deber que no puede ser ignorado por el legislador. Es, por lo mismo, lamentable que nuestra ley no haya recogido esta tendencia. Desde este punto de vista, nuestra ley de matrimonio adolece de un vacío inaceptable que debe ser corregido por nuestros tribunales en ejercicio de su tarea interpretativa al amparo del llamado derecho a "compensación económica". Son, creemos nosotros, muchos los casos de personas que quedan desamparadas de toda asistencia por causa del divorcio, especialmente cuando este último se produce después de largos años de convivencia matrimonial. Sería de desear, por lo tanto, que el legislador revisara esta situación y le diera una solución más ecuánime y en armonía con la realidad social. Finalmente, en ciertos casos calificados, sea por la causa del divorcio, los años de matrimonio, la dedicación preferente de uno de los cónyuges al cuidado de la prole, la contribución del cónyuge débil a la hacienda familiar, etcétera, debería subsistir una asignación alimenticia hereditaria forzosa, como ocurría, por ejemplo, con nuestra antigua "porción conyugal" hoy derogada. De esta manera, se extendería el deber de socorro a través de la sucesión del cónyuge premuerto.

10. Comentario de jurisprudencia sobre la compensación económica

Comentaremos, a continuación, algunos fallos recientes sobre la materia.

i. En sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 23 de agosto de 2007,¹⁴ se reconoce que no debe atribuirse a la compensación económica carácter alimenticio o indemnizatorio y que lo que se pretende reparar es una

¹⁴ Rol N° 664-07, MJJ15574.

pérdida patrimonial y no moral. Se agrega que este costo podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto. El considerando 8° de la sentencia expresa: "Que no debe atribuirse a la compensación económica consagrada en la ley, un carácter alimenticio o indemnizatorio, no obstante que presente algunos rasgos comunes o semejantes y lo que se pretende reparar es, en todo caso, una pérdida patrimonial y no moral. Se ha dicho y resuelto que se pretende cubrir, por un lado, el desequilibrio económico entre los cónyuges que impide a uno enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro, el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este costo podría semejar a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto".

Como puede observarse, esta sentencia vincula la compensación, en cierta medida, al lucro cesante y la indemnización de la "chance", materia especialmente tratada en el derecho francés. Este enfoque resulta novedoso, porque pone acento en la posibilidad que perdió el cónyuge acreedor de realizar tareas lucrativas en su beneficio (costo de oportunidad), como consecuencia de dedicarse a las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. A juicio del Tribunal, no se trata de un derecho de alimentos ni de una indemnización de perjuicios, pero se repara un daño patrimonial y no moral. No es un lucro cesante, pero apunta a reparar la pérdida de una oportunidad. Creemos que este fallo refuerza nuestra apreciación en el sentido que se trata de un derecho sui géneris, porque no puede asimilarse a ninguna de las instituciones que aparecen externamente vinculadas.

ii. En sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Corte de Apelaciones de Rancagua,¹⁵ se señala que con la compensación económica el legislador buscó reparar el desequilibrio económico que se puede originar luego del quiebre del matrimonio, al cesar la obligación de socorro que tenían los cónyuges entre sí, protegiendo, de este modo, al cónyuge más débil. Esta vez el Tribunal pone el énfasis en la desigualdad patrimonial (desequilibrio) y en el hecho de que este desequilibrio económico se agrava por la cesación del deber de socorro impuesto en la ley. El considerando 4° de la sentencia señala: "*Que, el artículo 61 de la ley de matrimonio civil consagra el instituto de la compensación económica, que consiste en la compensación del menoscabo económico que se haya producido como consecuencia de haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado de los hijos*

¹⁵ Rol N° 247-07, MJJ16197.

o a las labores propias del hogar común, no pudiendo en razón de ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o en menor medida de lo que podía o quería. Se ha buscado con ésta reparar el desequilibrio económico que se puede originar luego del quiebre matrimonial, al cesar la obligación de socorro que tenían los cónyuges entre sí, protegiendo así al cónyuge más débil. En efecto, es común que uno de los cónyuges logre una situación económica más expectante que el otro, debido justamente al apoyo que recibió del cónyuge más débil, por lo que este último deberá ser compensado”.

Al parecer los jueces, junto con destacar el desequilibrio económico y la terminación del deber de socorro, enfatizan que ello es consecuencia de la cooperación que recibió el cónyuge favorecido del cónyuge más débil. Elevan así uno de los factores que se mencionan en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, a condición determinante y justificatoria de esta institución.

iii. En sentencia de 28 de noviembre de 2007 de la Corte Suprema,¹⁶ recaída en recurso de casación en el fondo, se resuelve que el presupuesto de la acción es la existencia del menoscabo económico, que éste no se halla definido en la ley, que la compensación económica no se corresponde con exactitud al perjuicio experimentado por el cónyuge acreedor, y que los jueces deben establecerla discrecionalmente, pero considerando los parámetros fijados por el legislador. Conviene revisar algunas de las consideraciones contenidas en esta sentencia.

El considerando 11° expresa: *“Que otro requisito esencial para la procedencia de la compensación económica lo constituye la existencia de menoscabo económico en el cónyuge que la solicita y bien puede decirse que este es el presupuesto de la acción. La ley no define el concepto, pero la interpretación armónica de los artículos de la Ley 19.947, que reglamentan la institución, permite concluir que se trata de efectos patrimoniales que se producen en el cónyuge que no pudo trabajar o que lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Este menoscabo debe ser probado por quien lo invoca en su favor y para ello el legislador se encargó de señalar las circunstancias que permiten determinar que ha existido tal menoscabo”.* Es efectivo lo que se señala, en orden a que la ley no define el menoscabo, pero lo conceptualiza claramente. No se trata, como parece entenderlo el fallo, de un menoscabo económico genéricamente considerado, sino de un “perjuicio eventual” que corresponde a lo que el cónyuge acreedor habría podido obtener si, en lugar de dedicarse a las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, hubiere podido realizar actividades remuneradas. Se trata, entonces, de un daño eventual que pudo o no producirse.

¹⁶ Rol N° 1787-07, MJJ16228.

El considerando 12°, por su parte, agrega: *“Que a falta de acuerdo entre las partes corresponde al juez de la causa establecer si se dan los requisitos que la institución exige y fijar su monto. Al relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la ley 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar un monto determinado invariable en el tiempo, cualesquiera que sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados –deudor y acreedor– posteriores a la sentencia que la regula. Si bien en esta materia el juez tiene discrecionalidad para fijar la cuantía de la compensación económica, se debe también considerar que el legislador estableció ciertos parámetros para ello, señalando criterios que dicen relación con el matrimonio, con el cónyuge deudor y con la situación personal del beneficiario”*. No participamos de lo manifestado, en esta parte, por la Corte Suprema, ya que el juez no fija la compensación económica “discrecionalmente”. Él debe atenerse a los padrones fijados en la ley, puesto que ella ordena, para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, *considerar, especialmente*, los factores ya analizados. Por consiguiente, si el juez vulnera las normas reguladoras de la prueba al establecerlos o, establecidos que sean, no son considerados, puede el fallo revisarse en sede de casación.

Finalmente, el considerando 14° expresa: *“Que, sobre el particular, es del caso hacer presente que la compensación económica no corresponde al valor exacto de lo que habría podido obtener el cónyuge beneficiario de haber trabajado o de haberlo hecho en mayor medida. En efecto, mediante esta institución no se trata de indemnizar la pérdida de una ganancia probable, es decir, su objetivo no es restituir lo perdido por su equivalente exacto y sólo se busca mitigar la situación económica desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ello. Es el juez de la causa quien debe apreciar, en cada caso particular, las circunstancias precisas del pasado de los cónyuges y las situaciones del futuro que el legislador indica para determinar su existencia y monto. En fin, verificado el cumplimiento de los presupuestos que la hacen procedente, esto es, acreditado en autos que se ha producido una situación injusta desde el punto de vista patrimonial para el cónyuge más débil de la relación matrimonial que termina, producida por la legítima opción de haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, compete a los jueces de la instancia fijar prudencialmente su monto”*. En esta reflexión advertimos una contradicción, ya que siendo efectivo que no se puede determinar el valor exacto de lo que el cónyuge beneficiario dejó de obtener, no lo es menos que este derecho se funda en la “probabilidad de una ganancia” que se dejó injustamente de percibir y que, por lo mismo, debe calificarse como el resarcimiento de un daño eventual, hipotético o conjetural. Y es aquí, precisamente, en donde reside la excepcionalidad de este instituto, porque sin una expresa disposición de la ley, este tipo de daño no da lugar a reclamar derecho alguno. ¿Cómo podría asegurarse con certeza que el cónyuge beneficiario habría obtenido un determinado beneficio económico al realizar tareas productivas? ¿Qué alcance económico puede tener para él la circunstancia de haberse de-

dicado al cuidado de los hijos y del hogar común? De aquí que sostengamos que la base de este derecho excepcional se centra en el resarcimiento de una ganancia probable, pero incierta o meramente eventual. Por lo tanto, la compensación económica es mucho más que la manera de mitigar una situación desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ella, como lo indica el fallo. Se trata de restaurar un equilibrio que nace del desempeño de diferentes roles en el matrimonio, sobre la base de la asunción, por parte de cada cónyuge, de funciones diferentes, pero complementarias, en lo que dice relación con los deberes que impone la familia.

De este y otros fallos se advierte la multiplicidad de aspectos que presenta este derecho y lo difícil que resulta encasillarlo en una determinada institución.

iv. En sentencia de 4 de enero de 2008 de la Corte de Apelaciones de Valdivia,¹⁷ este Tribunal se pronuncia sobre los parámetros a que alude el artículo 62 de la LMC, fijando algunos criterio que parecen discutibles.

El considerando 3° de la sentencia, remitiéndose a lo manifestado en el fallo de primera instancia, expresa que: *“Esta Corte comparte dicha afirmación por cuanto resulta evidente que a menor calificación profesional la compensación económica debe ser mayor, por las reducidas posibilidades de acceso laboral, toda vez que en estas condiciones tardíamente se podrá incorporar a una fuente laboral que le permita contar con ingresos para cubrir los gastos de su hogar y que es precisamente la situación de autos”*. Creemos que esta reflexión es errada. El presupuesto en que se funda el artículo 61 de la LMC es claro y consiste en compensar el desequilibrio que se produce entre los cónyuges como consecuencia de haber asumido uno de ellos un rol patrimonialmente desventajoso durante a vida matrimonial. Sostener, que a menor calificación profesional debe la compensación ser mayor, implica desatender aquellos factores dispuestos en la ley y entrar de lleno a extender la compensación sobre la base de otras consideraciones ajenas a las premisas fijadas por el legislador. A la inversa de lo que señalan los jueces, uno de los factores a los que debieron atender para fijar la cuantía de la compensación es *“la cualificación profesional y posibilidad de acceso al mercado laboral”*. Por lo tanto, la cualificación profesional estará en directa relación con la cuantía de la compensación y no a la inversa.

El considerando 5° se refiere, esta vez, a las cotizaciones previsionales que la demandante dejó de pagar al desvincularse de tareas remuneradas, señalando al respecto: *“Que no obstante que la ley ha establecido los parámetros que deben considerarse para fijar el monto de la compensación, la Juez de primer grado tomó*

¹⁷ Rol N° 1036-07, MJJ16482.

como base de calculo para fijar la suma que el demandado debe pagar por concepto de compensación económica 'las cotizaciones previsionales' que la demandante reconventional no pudo cotizar durante la época de convivencia y que al momento de jubilar (sic) le va a significar un menoscabo y las 'cotizaciones de salud' que deberá pagar desde que la sentencia quede ejecutoriada por un período discrecional de diez años, este tribunal mantendrá este razonamiento del sentenciador, toda vez que en el ámbito laboral es distinta la situación de una persona que registra cotizaciones en el sistema previsional de aquella que en forma esporádica se le han efectuado imposiciones para los efectos de futuros beneficios de esta índole, ya sea para los efectos de una pensión de jubilación o de vejez". Nuevamente los jueces alteran al alcance de los parámetros que invocan, porque la ley alude, para la fijación de la cuantía de la compensación, a la "situación en materia de beneficios previsionales y de salud", pero no a la recuperación de dichos beneficios, materia absolutamente ajena al factor indicado. Cabe preguntarse si, atendidos los términos de este fallo, el cónyuge beneficiario estará obligado a enterar estas cotizaciones para recuperar los beneficios indicados o, como resulta evidente, puede disponer libremente de dichos recursos para otros fines. En esta última hipótesis, no advertimos una relación directa entre el beneficio de que fue privado el cónyuge acreedor y el monto de las cotizaciones.

v. En sentencia de 15 de enero de 2008, la Corte de Apelaciones de Concepción,¹⁸ luego de un breve análisis de la doctrina, determina que para la fijación de la compensación debe apreciarse la situación del cónyuge beneficiario hacia atrás (pasado) y hacia adelante (futuro). Sobre este particular, el considerando 5° expresa: "El profesor René Ramos Pazos en su obra "Derecho de Familia", Tomo 1°, página 111, 5ª Edición, ha dicho que la compensación económica consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges, normalmente la mujer, cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, sufrirá por esta causa. También se ha sostenido que aunque la compensación económica mire hacia atrás, para determinar si habrá derecho a ella, se debe considerar el propósito de compensar el efecto del menoscabo futuro (Paulina Veloso V., "Reflexiones sobre la compensación económica". Revista Actualidad Jurídica N° 13, enero 2006, página 171; Carmen Domínguez Hidalgo, "Compensación Económica". Colegio de Abogados). Dicho de otro modo, los aspectos del menoscabo deben considerar la situación de la mujer hacia atrás y el futuro, ideas que se han aplicado en el presente juicio". Creemos que lo resuelto es lo que corresponde. Para una adecuada estimación de la compensación debe considerarse la situación del cónyuge beneficiario antes

¹⁸ Rol N° 1987-07, MJJ16506

del matrimonio, con ocasión de la nulidad o el divorcio, y lo que ocurrirá después de la disolución del vínculo. Sólo así es posible, a nuestro juicio, fijar con equidad el menoscabo efectivo que ha sufrido el cónyuge que asumió un rol no productivo durante la vida en común.

vi. En sentencia de 24 de Julio de 2008 la Corte Suprema,¹⁹ en recurso de casación en el fondo, esboza las principales características del derecho a compensación económica. En el considerando 8° consigna lo siguiente: *“Que la interpretación armónica de los artículos de la Ley N° 19.947, que reglamenta la institución, permite concluir que ella trata de compensar el menoscabo patrimonial que se produce en el cónyuge que se ha visto empobrecido en atención a que no ha podido desarrollarse en la medida de que podía y quería, debido a que ha tenido que abocarse a la atención preferente de las necesidades de la familia habida durante el matrimonio. El objeto de la acción es el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo padecido y la cosa pedida, la suma en que se lo cuantifica. La causa de pedir radica en la calidad de cónyuge más débil, impedido de desarrollar una actividad remunerada o limitado en razón de lo que se podía o quería, al haberse dedicado al cuidado de los hijos durante la vida marital. Por consiguiente, no basta sostener que se realizó actividad remunerada durante el matrimonio para enervar la acción que se ha deducido, como lo pretende el recurrente, sino que es necesario atender a los demás parámetros entregados por el legislador y que han sido adecuadamente ponderados en autos por los sentenciadores de la instancia”*. La reflexión trascrita nos parece útil desde varios puntos de vista. Desde luego, la compensación tiene por objeto resarcir el menoscabo económico que se produce con la asignación de roles complementarios en el matrimonio. De ello se sigue que uno de los cónyuges experimenta un empobrecimiento cuya razón no es otra que su dedicación preferente al cuidado de los hijos comunes y las tareas del hogar. La Corte Suprema ha definido cada uno de los elementos consignados en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la identidad legal de personas, la cosa pedida y la causa de pedir (presupuestos de la cosa juzgada). El “objeto de la acción” sería el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo que se sufre y que deriva, como se dijo, de la distinta asignación de roles en la vida matrimonial. La “cosa pedida” sería la suma en que se cuantifica dicho menoscabo patrimonial. La causa de pedir (definida en la ley como “fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”) sería la calidad de cónyuge más débil, lo que debe entenderse como cónyuge menoscabado patrimonialmente como consecuencia de las tantas veces referidas asignaciones de roles en la vida matrimonial. Finalmente, también nos parece importante descartar como excepción, para enervar la acción, la circunstancia de que el cónyuge beneficiario haya realizado tareas remuneradas

¹⁹ Rol N° 3159-08, MJJ 17755.

durante el matrimonio, porque la ley previene dos situaciones distintas: que no se haya ejecutado actividad remunerada alguna, o que se hayan ejecutado en menor medida de lo que se podía y quería. Esta cuestión se refiere, por cierto, a la calificación de los hechos de la causa.

vii. En sentencia de 21 de octubre de 2008, la Corte Suprema²⁰ se refiere a las facultades de los jueces del fondo para fijar la cuantía de la compensación. Esta materia es especialmente importante para los efectos de determinar cuándo es procedente el recurso de casación para calificar la aplicación del artículo 62 de la LMC. El considerando 4° del fallo señala, en este aspecto, que el recurso que se resuelve se orienta a cuestionar la cuantía de la compensación económica fijada en favor del cónyuge beneficiario, la que éste estima insuficiente, atendidas las circunstancias y situación en que se encontraría el cónyuge demandante, alegándose la falta de consideración de elementos que la ley contempla. El considerando 4° dice: *Que, sin embargo, tal planteamiento desconoce que la regulación del monto de la referida compensación constituye una cuestión prudencial, como facultad entregada a la apreciación de los jueces de la instancia, la que en general, no es revisable por esta vía (casación en el fondo). Al respecto cabe señalar que los jueces del fondo han determinado conforme a los antecedentes del proceso, la suma en la que, en definitiva, se fija dicha reparación y para ello han tenido en consideración los elementos que la recurrente estima omitidos, tal como se consigna en los motivos décimo cuarto y décimo quinto del fallo de primer grado, reproducidos por el de segundo, y que corresponden a los indicados en el artículo 62 de la Ley N° 19.947; disposición que por lo demás no fue denunciada como conculcada*". Esta reflexión nos plantea el problema de precisar en qué caso es susceptible de recurso de casación en el fondo la infracción del artículo 62 de la LMC de la cual arranca la facultad de los jueces del mérito. La cuestión es sutil y discutible. A nuestro juicio, la única causal que podría esgrimirse sería la infracción de la primera parte del mencionado artículo 62 cuando dice: *"Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente..."*. Si el tribunal del fondo no considera ninguno de estos factores, al momento de hacer lugar o rechazar la demanda, no obstante el hecho de haberse invocado en el juicio y darse por acreditados en la sentencia todos o parte de ellos, se estaría infringiendo la ley e incurriendo en un error de derecho. El mandato del artículo 62 es categórico. La ley ordena, tanto para determinar la existencia del menoscabo económico –fundamento de la acción– como la cuantía de la compensación, **considerar especialmente**, vale decir, atender de manera preferente los factores allí enumerados. Por otra parte, el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, en su artículo 32, relativo a la "Valoración de la

²⁰ Rol N° 5261-08, MJJ8690.

prueba”, expresa que *“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados”*. Esta disposición puede, también, ser objeto del recurso de casación en el fondo, por cuanto constituye una norma reguladora de la prueba. En sentencia de 29 de diciembre de 2008²¹ la Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de que se infrinja este mandato al señalar: *“Que en cuanto a la vulneración de las normas reguladoras de prueba, lo cierto es que los planteamientos de la recurrente no constituyen, como la misma afirma, atentados contra la lógica o las máximas de la experiencia, apareciendo como meros cuestionamientos de la valoración efectuada por los sentenciadores, quienes han consignado en el fallo en análisis las razones y consideraciones conforme a las cuales han resuelto la controversia, en términos tales que aparece cumplido el mandato impuesto en la ley”*. En el mismo sentido puede citarse otra sentencia de la Corte Suprema, de 27 de octubre de 2008,²² recaída en recurso de casación en la forma desestimado.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia ha ido paulatinamente fijando la naturaleza jurídica de la compensación y sus principales rasgos, aun cuando reiterando algunos conceptos y sin entrar a profundizar sus aspectos más controversiales. Esperemos que en el futuro se vayan afinando los argumentos y precisando su calificación. Con todo, como una cuestión muy general y sin contar con antecedentes empíricos que nos permitan demostrar irrefutablemente lo que sigue, tenemos la impresión de que el juez de familia parece no haber dado a este derecho la trascendencia que nosotros le asignamos, atendida la cuantía de las compensaciones que se conocen. De aquí nuestra observación en el sentido de que en ello (los efectos postmatrimoniales) reside uno de aspectos más criticable de la LMC.

11. Enjuiciamiento crítico de la “compensación económica”.

La introducción de este instituto en nuestro derecho de familia, con limitados alcances y una confusa naturaleza jurídica (a nuestro juicio, sui géneris), constituye uno de los defectos fundamentales de esta legislación. No cabe duda que ella se inspiró en la legislación española que, en el artículo 97 del Código Civil, expresa:

“El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en

²¹ Rol N° 7006-08, MJJ19142.

²² Rol N° 5160-08, MJJ18553.

una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

"A falta de acuerdo de los cónyuge, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- "1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- "2. La edad y el estado de salud.*
- "3. La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo.*
- "4. La dedicación pasada y futura a la familia.*
- "5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- "6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- "7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- "8. El caudal de los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- "9. Cualquier otra circunstancia relevante".*

Como puede comprobarse, existe una similitud indiscutible entre el artículo 62 de la LMC y el artículo 97 del Código Civil español. Con todo, la base sustancial del derecho es diferente. En un caso (Chile) se trata de compensar el menoscabo económico que tiene origen en la imposibilidad de haberse dedicado uno de los cónyuges a una actividad remunerada por el hecho de hacerse cargo de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos; en el otro caso (España) se trata de compensar un desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, cuando se produce un empeoramiento respecto de la situación anterior al matrimonio. Asimismo, en un caso (Chile) se fija por los cónyuges o por el Juez una cantidad de dinero, que puede pagarse en cuotas cuando el deudor no tiene bienes suficientes para su solución; en el otro caso (España) se trata de una pensión temporal o indefinida o, bien, de una prestación única fijada por los cónyuges o el Juez en subsidio. En ambos casos, los factores que debe considerar el Juez son perfectamente semejantes en ambas legislaciones.

En consecuencia, en Chile, injustificadamente, se delimitó este derecho a una situación que, si bien puede ser hoy día de muy frecuente ocurrencia, atendida nuestra realidad social y laboral, esquivada la cuestión principal: asegurar la suerte del cónyuge más débil y evitar que uno de ellos resulte menoscabado económicamente. Por otra parte, lo que se intentó remediar en Chile es una cuestión difícil de evaluar, que se presta para apreciaciones muy poco objetivas, y que se funda en un perjuicio hipotético. De aquí que sea difícil establecer la naturaleza jurídica del derecho y, en el futuro, todavía más difícil, uniformar algunos criterios jurisprudenciales, como queda demostrado en el precedente análisis.

Creemos que fue un error legislativo grave el haber eliminado de raíz el derecho de alimentos entre los cónyuges divorciados. Atendiendo a la duración de la vida en común, debió subsistir este derecho, porque, insistimos, luego de una larga convivencia, no se justifica que la disolución del vínculo permita a uno de ellos abandonar al otro a su suerte, mucho menos respecto del cónyuge inocente, cuando se ha decretado el divorcio por una falta grave de las obligaciones y deberes que impone la vida conyugal o por abandono unilateral. De la misma manera, a lo menos, el derecho de alimentos asegura la posibilidad de hacer al cónyuge más desamparado asignatario forzoso en la sucesión del premuerto (artículos 1167 a 1171 del Código Civil), sin perjuicio de las indignidades o desheredamientos que pueden alegarse.

Desde esta perspectiva, somos partidarios de una revisión de este instituto y su sustitución por el derecho a una pensión de alimentos, temporal o indefinida, considerando la duración de la convivencia, la edad de los divorciados y su situación patrimonial. De la misma manera, en ciertos casos especiales, cuando la ruptura sobreviene después de muchos años de matrimonio, debería asegurarse al cónyuge sobreviviente divorciado una asignación hereditaria semejante a la antigua porción conyugal, de carácter alimenticio y destinada a proporcionarle lo necesario para su modesta subsistencia. Es cierto que el deber de socorro impuesto a los cónyuges durante el matrimonio termina con la nulidad o el divorcio, pero, atendido el carácter asistencial del derecho de alimentos, éste debe subsistir cuando la disolución del vínculo sobreviene al cabo de un largo período de tiempo y cuando existen descendientes comunes.

Las indicadas obligaciones, por otra parte, constituirían un desincentivo para recurrir al divorcio, sin antes realizar un esfuerzo serio y efectivo para la preservación del vínculo, propósito que se evidencia como intención de la actual LMC. No cabe duda que las dificultades económicas, por otra parte, afectan al núcleo familiar, cualquiera que sea la edad de la descendencia común.

Tengo la impresión de que la modalidad adoptada en Chile para la consagración del derecho a compensación económica se funda en una apreciación sociológica que, como se señaló en páginas anteriores, parte de la base de que en la actual estructura de los hogares en Chile predomina el modelo de la mujer encargada de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos y del marido como proveedor económico. Si así fuere, hay que tener en consideración que esta realidad está cambiando aceleradamente y que en los últimos años la mujer se ha incorporado de lleno al proceso productor. En otros términos, el rol tradicional de los cónyuges, al cabo de pocos años más, no será el mismo que inspiró el establecimiento de esta institución. No obstante lo anterior, hay que recalcar que, atendidos nuestros estándares culturales, la mujer, a pesar de incorporarse a funciones laborales, seguirá siendo el soporte fundamental

de la familia, entre otras cosas porque es ella la encargada de organizar la vida doméstica y quien más esfuerzo pone en el cuidado de los hijos. Frente a este panorama, propiciamos, a corto plazo, una modernización de las disposiciones legales comentadas para corregir injusticias o disfunciones que no deben mantenerse.

Tampoco parece ecuánime dar al llamado divorcio sanción (por grave incumplimiento de las obligaciones y deberes que impone el vínculo matrimonial) el mismo trato que se dispensa al divorcio de común acuerdo. En el primero, como quiera que se considere, hay un responsable de la ruptura; en el segundo, un mutuo reconocimiento de incompatibilidades insuperables que tornan intolerable la vida en común. No cabe, entonces, un tratamiento semejante. No es esta la tendencia actual, pero la que, a juicio nuestro, debería prevalecer.

Puede constatarse, entonces, que hay un margen amplio para ir perfeccionando esta legislación, tan importante para la fundación y subsistencia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. El divorcio debe considerarse un recurso extremo, al cual se llega cuando han caído todos los resguardos de que dispone la pareja para salvar su matrimonio. Entre estos medios resulta de esencial importancia imponer responsabilidades económicas a los cónyuges, destinadas valorizar el vínculo e impedir su destrucción.

IV. Matrimonio y filiación

Cuestión relevante es la relación que existe entre matrimonio y filiación. Como es sabido se eliminó entre nosotros la vieja distinción entre **hijos legítimos** (aquellos concebidos durante el matrimonio de sus padres), **legitimados** (aquellos nacidos durante el matrimonio de sus padres y aquellos legitimados por matrimonio posterior de sus padres), **naturales** (reconocidos con tal carácter por su padre o madre o por sentencia judicial), **ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos** (aquellos que eran objeto de reconocimiento de sus padres o de sentencia judicial como ilegítimos, pero titulares del derecho de alimentos) y **simplemente ilegítimos** (aquellos que no eran reconocidos y, por ende, de padres desconocidos). Recordemos, a este respecto, que sólo eran titulares de derechos hereditarios los hijos legítimos, legitimados y naturales. A estos últimos correspondía la mitad de lo que se asignaba al hijo legítimo o legitimado. Además, entre todos los hijos naturales no podían llevar más de la cuarta parte de la herencia. Agréguese, aun, que la "patria potestad" (derecho de goce legal sobre los bienes del hijo, representación y administración de los mismos) sólo cabía en relación a los hijos legítimos y legitimados (sometidos a mismo estatuto jurídico). Por lo tanto, a los hijos naturales era necesario darles un curador de bienes. Los derechos conferidos a los hijos naturales, en todo

caso, fueron muy posteriores a la entrada en vigencia de nuestro Código Civil y datan fundamentalmente de la Ley N° 10.271, de 1952.

Es fácil comprender que, en este contexto jurídico, el matrimonio era importante, porque determinaba la situación jurídica de los hijos, sus derechos hereditarios y la administración de sus bienes. Probablemente por ello, los hijos ilegítimos fueron socialmente menospreciados, quedando relegados, en el marco familiar, a un plano muy secundario (la infamante bastardía).

Esta regulación es un caso típico de lo que en Filosofía del Derecho se denomina "aberración axiológica" y que consiste en sacrificar (destruyendo) un valor con el fin de conseguir la realización de otro valor, al cual se asigna mayor trascendencia y mérito. En estas normas se confronta, por una parte, el fortalecimiento de la familia matrimonial y, por la otra, la situación del hijo gestado fuera del matrimonio. El legislador, entonces, opta por lo primero, sobreponiendo la familia a la descendencia procreada al margen del vínculo matrimonial. Como es obvio, las preferencias las determinan las potestades normativas (constituyente, legislativa y reglamentaria) y, por lo mismo, pueden ellas evolucionar a través del tiempo. Así ha ocurrido en esta materia, como queda de manifiesto en lo ocurrido en Chile desde la década del ochenta. En suma, lo que antes giraba sobre el eje de la familia, ahora lo hace sobre el eje del individuo que se ha sobrepuesto a aquélla.

Al promulgarse la Constitución de 1980, el artículo 1° estableció, como base fundamental de la institucionalidad, que "**Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos**". Por consiguiente, las diferencias introducidas por el Código Civil (que, como se dijo, ya habían sido morigeradas en 1952 mediante la Ley N° 10.271), quedaron tácitamente derogadas o en abierta contradicción con el texto constitucional. Curiosamente, nadie hizo valer ni la derogación ni la inaplicabilidad de lo previsto en el Código Civil, eliminándose estas diferencias sólo en virtud de la Ley N° 19.585, de 1998. A partir de entonces, la ley civil asimila, bajo el concepto de **hijos matrimoniales**, a todos los concebidos y nacidos durante el matrimonio de sus padres; y a los hijos cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad o maternidad haya estado previamente determinada por los medios que establece el Código Civil, o bien se determine por el reconocimiento realizado por ambos padres en el acto de matrimonio o durante su vigencia en la forma que prescribe el artículo 187 del mismo Código (artículo 180 del Código Civil).

Los hijos matrimoniales gozan de los mismos derechos que corresponden a los **hijos no matrimoniales** reconocidos por sus padres o por sentencia judicial. En el día de hoy no existe diferencia jurídica entre hijos matrimoniales o no

matrimoniales respecto de sus derechos hereditarios, del ejercicio de la patria potestad ni de los demás deberes relacionados con la filiación.

La finalidad que perseguía la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos era, indudablemente, atribuir efectos importantes al matrimonio, ya que la sola circunstancia de que la descendencia naciera al margen de éste menoscababa considerablemente la situación jurídica y social de los hijos. Al desaparecer esta distinción –lo cual en todo caso nos parece justo y necesario– ciertamente se debilita el vínculo que genera el matrimonio como institución. En la medida que se asimilen los efectos que se siguen del matrimonio y el concubinato, aquél pierde trascendencia para quienes aspiran a formar una familia. Probablemente esto explique, en este momento, que más del 50% de los nacimientos se produzcan al margen del matrimonio y aumenten progresivamente las parejas que conviven sin casarse. No existen, tampoco, políticas públicas destinadas a incentivar el matrimonio. Por el contrario, muchas medidas operan en sentido inverso. Un ejemplo puede aclarar lo que señalamos. La política habitacional (subsidio habitacional) diseñada por los órganos públicos no considera la evaluación del matrimonio como un requisito especial que mejore las expectativas de quienes se hallen ligados por este vínculo.

Desde otro punto de vista, nuestro Código Civil cuidaba, cuando se reclamaba la filiación natural por la vía judicial, no alterar la estabilidad de los matrimonios y su continuidad. Así, por ejemplo, la demanda de reconocimiento de paternidad o maternidad debía fundarse en un instrumento público o privado emanado del supuesto padre o madre del cual se desprendía una confesión manifiesta de paternidad o maternidad, o en la posesión notoria de hijo por un plazo no menor de 15 años, o en la circunstancia precisa de haberse establecido con testimonios fidedignos el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 271 N^{os} 2^o, 3^o y 4^o del Código Civil, hoy derogado). Más todavía, ni aun así podía intentarse esta acción “en contra de persona casada no divorciada perpetuamente, a menos que el hijo, atribuyéndose a la vez la calidad de hijo natural de la mujer y del marido, demandare a ambos a un tiempo” (artículo 272 inciso 2.^o hoy derogado). Como puede observarse, el legislador sobreponía la importancia del matrimonio al derecho de establecer la verdadera filiación, como forma de amparar y proteger la “familia matrimonial” (única que entonces se concebía).

Siempre magnificando la importancia del matrimonio, la causal de divorcio perpetuo (separación de cuerpos y subsistencia del vínculo) más severamente tratada era el adulterio y, particularmente, el adulterio de la mujer. La razón de ello no era una concepción “machista” de la vida conyugal, sino la circunstancia de que la infidelidad de la mujer llevaba al seno de la familia un hijo bastardo, lo que no ocurría con el adulterio del marido. De allí que el artículo

171 del Código Civil estableciera: "Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho a los gananciales, y el marido tendrá la administración y usufructo de los bienes de ella; excepto aquellos que la mujer administre como separada de bienes, y los que adquiera a cualquier título después del divorcio". Agréguese, todavía, el hecho de que el adulterio de la mujer estaba sancionado penalmente en el artículo 375 del Código Penal, que rezaba como sigue: "El adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". El adulterio del marido estaba tipificado en el artículo 381 del mismo Código en los siguientes términos: "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, y perderá el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento". Recordemos, para medir en toda la magnitud la diferencia en el trato legislativo de esta situación, lo que prescribe nuestra LMC, luego de derogadas todas las disposiciones antes comentadas. El artículo 54 consagra una causal única del divorcio sanción: "falta imputable al otro (cónyuge), siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, o los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común". Nuestra ley, ejemplarizando los casos en que debe el Tribunal considerar que concurre esta causal, expresa, en el mismo artículo 54, incisos 2° y 3°, que "Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: ...2°. Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio...". De lo señalado se sigue que el adulterio (falta al deber de fidelidad), para que autorice el divorcio, debe ser "grave" y "reiterado" y no ocasional. ¿Puede concebirse una razón más radical para despotenciar la importancia y trascendencia del matrimonio como institución?

Como puede comprobarse, ha existido una política –ignoramos si casual o deliberada– destinada a minimizar los efectos e importancia del matrimonio como institución. De aquí que nada de extraño tenga que las parejas, en lugar de casarse y organizar su familia sobre bases jurídicas sólidas, opten por convivir, al margen de la regulación que corresponde. Tampoco podría ignorarse que tras esta realidad se manifiesta una "subversión" de aquellos valores que predominaban en nuestra legislación hasta hace muy poco tiempo. Son innumerables las innovaciones legales que acusan un cambio en las preferencias morales de los imperados. El derecho ha ido gradualmente cambiando sus ejes valóricos, fruto de las nuevas tendencias que se divulgan con fluidez a través de los medios tecnológicos de que se dispone en el día de hoy, todos los cuales han introducido distintos parámetros de convivencia. Este fenómeno ha redundado en otro hecho significativo: no todas las generaciones participan de las

mismas ideas, gestándose, con frecuencia, un abismo entre unas y otras. No se trata de una pugna ideológica que tenga proyecciones políticas y sociales. Más bien, nos hallamos ante un enfoque práctico que divide las opiniones, provocando el asombro de unos y la satisfacción de otros. Lo que señalamos tiene efectos importantísimos en el sistema normativo. La ausencia de homogeneidad valórica redundaría en la pérdida de adhesión al derecho como el medio más idóneo para organizar la vida social, y en el deterioro subsecuente de la realización espontánea del derecho (cumplimiento voluntario). Ambas cosas socavan los pilares del ordenamiento jurídico e incrementan los factores que inducen a una crisis.

Creemos nosotros que está aún por estudiarse de qué manera los valores en que se sustentaba hasta hace medio siglo la familia como institución fundamental de la sociedad, han evolucionado y dejado de ser el eje sobre el cual ella giraba. De aquí que lo meramente jurídico (expresión externa y formal) no permita hallar una explicación válida para comprender las razones en que se sustenta esta nueva realidad. Pero, a los ojos de especialistas y de legos, es incuestionable el hecho de que ha habido cambios profundos en las preferencias sociales y éticas de la población, y que aquello ha incidido en las reformas legislativas y los hábitos de vida hoy imperantes. No cabe duda, entonces, que es efectivo aquello de que las normas jurídicas son hijas de su tiempo y expresión de las preferencias valóricas que predominan en la sociedad, las que se transfieren al ejercicio de las potestades normativas.

V. Matrimonios celebrados fuera de Chile y reconocimiento de las sentencias extranjeras

A. Matrimonios celebrados en el extranjero

Comienza nuestra LMC por declarar que “los requisitos de fondo y forma del matrimonio, serán los que establezca la ley del lugar de su celebración”. Por consiguiente, los requisitos que deben cumplirse son aquellos a que se refiere la legislación vigente en el territorio en que el matrimonio se celebra. ¿Qué debe entenderse por “lugar de su celebración”? Sin duda, se trata del territorio en que se produce y expresa el consentimiento de la manera instituida en la ley respectiva. Así, por ejemplo, si ambos contrayentes otorgan mandato para contraer matrimonio en Chile, estando uno de ellos en Francia y el otro en Gran Bretaña, el matrimonio se entiende celebrado en Chile y no en el país extranjero en que se otorgaron los mandatos.

De acuerdo al artículo 80 de la LMC, “el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate

de la unión entre un hombre y una mujer". En otros términos, en Chile está excluido el matrimonio entre personas del mismo sexo. La asimilación analizada (identidad de efectos entre el matrimonio celebrado en el extranjero y el matrimonio celebrado en Chile) está limitada por lo dispuesto en el inciso 2° del mismo artículo 80, que hace aplicables los artículos 5°, 6° y 7° de la LMC, pudiendo ser declarada la nulidad del matrimonio "de conformidad a la ley chilena". Finalmente, el artículo 80 inciso 3° agrega que "Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes". Como puede apreciarse, los efectos en Chile del matrimonio celebrado en país extranjero están, en parte, subordinados a la ley interna, tanto en lo relativo a la diversidad de sexo de los contrayentes como a los impedimentos instituidos en el derecho interno.

La sanción civil derivada del incumplimiento de las normas de la LMC sobre matrimonios celebrados en país extranjero no es siempre la misma. En efecto, la infracción de lo señalado en la parte final del inciso 1° del artículo 80 de la LMC (diversidad de sexos) acarrea la **inexistencia**, en tanto los requisitos definidos en los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la LMC acarrean **nulidad**. Lo que sostenemos está consagrado en el artículo 44 de la misma ley, que alude a las únicas causales de nulidad, enumerando las señaladas en los artículos 5°, 6°, 7° y 8°, sin referencia alguna a la última parte del inciso 1° del artículo 80. En consecuencia, el legislador ha debido entender que la sanción que corresponde al matrimonio entre personas del mismo sexo es la inexistencia, conclusión tradicional en la doctrina.

De esta disposición –artículo 80 de la LMC– se sigue, entonces, que en todo matrimonio celebrado en el extranjero, para tener efecto en Chile, deben respetarse los artículos 102 del Código Civil (se trata de un contrato entre un hombre y una mujer), los artículos 5°, 6° y 7° de la LMC (que establecen los impedimentos que acarrean la nulidad), y las exigencias impuestas en el artículo 8° de la misma ley, que precisa cuándo el consentimiento es libre y espontáneo. La declaración del inciso 1° del artículo 80 –según la cual los requisitos de forma y de fondo son aquellos que se establecen en la ley del lugar de su celebración– no es efectiva ni pasa de ser un postulado sin arraigo real en el contenido de la ley. Podrá sostenerse que la nulidad debe ser judicialmente declarada, razón por la cual el matrimonio será válido mientras no sea declarado nulo. Sin embargo, esta aseveración carece de consistencia, porque se trata de un acto sujeto a ser declarado ineficaz de acuerdo a la ley chilena, no obstante estar referido a un matrimonio celebrado en país extranjero.

Tampoco creemos nosotros que deba respetarse en Chile un matrimonio celebrado en el extranjero de acuerdo a ritos o ceremoniales que vulneren principios de orden público en lo tocante a su forma. A nuestro juicio, constituye un principio de orden público que el matrimonio en Chile es un acto jurídico

solemne con intervención de autoridad estatal. Para llegar a esta conclusión debe considerarse el artículo 102 del Código Civil, que alude directamente a un **contrato solemne**, pasando por el Capítulo II de la LMC, que en sus párrafos 2°, 3° y 4° pone acento en los requisitos formales, sea bajo el epígrafe “De las diligencias para la celebración del matrimonio”, “De la celebración del matrimonio” y “De los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público”. Por lo mismo, no es posible invocar en nuestro país un matrimonio meramente consensual o perfeccionado por medio de manifestaciones que impiden constatar si ha habido consentimiento libre y espontáneo, y que éste se ha exteriorizado dando suficiente garantía de veracidad a lo obrado. A este fundamento debemos agregar que todo matrimonio celebrado en país extranjero puede inscribirse en Chile, cuestión de especial importancia para los efectos del régimen de bienes que corresponde de acuerdo al derecho interno. El inciso 2° del artículo 135 del Código Civil expresa que: “Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”. Esta inscripción está reglamentada en la Ley N° 4.808 Sobre Registro Civil, cuyo texto refundido fue fijado por el D.F.L. N° 1 publicado en el Diario Oficial del 30 de mayo de 2000. El artículo 4° del mencionado estatuto señala que: “En el libro de matrimonios se inscribirán:... 3°. Los matrimonios celebrados fuera del país por un chileno con un extranjero o entre dos chilenos, se inscribirán en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago. Para efectuar esta inscripción, cualquiera de los contrayentes remitirá, debidamente legalizados, los antecedentes que correspondan, al Ministerio de Relaciones Exteriores. Este Departamento verificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil, quien dispondrá la inscripción en el Registro correspondiente”. Por su parte, el artículo 8° inciso 2° del mismo texto legal, agrega: “Los nacimientos, los matrimonios y defunciones ocurridos en el extranjero y cuya inscripción no esté autorizada por los artículos anteriores, serán inscritos en los respectivos libros del Registro Civil Nacional cuando ello sea necesario para efectuar alguna inscripción o anotación prescrita en la ley. Estas inscripciones se efectuarán en el Registro de la Primera Circunscripción de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al Oficial del Registro Civil que corresponda el certificado de nacimiento, matrimonio o defunción legalizado”. De todas estas disposiciones se infiere que el matrimonio celebrado en el extranjero –el cual siempre podrá ser inscrito en Chile– requiere de una constancia escrita que excluye toda posibilidad de aceptar rituales o manifestaciones informales. Quien pretenda hacer valer en Chile un matrimonio “consensual” o celebrado por medio de rituales informales tropezará con las disposiciones invocadas, todo lo cual revela que constituye principio de orden público que en nuestro país el matrimonio es un acto solemne que atestigua una autoridad estatal o una institución reconocida por el Estado.

B. Matrimonios entre extranjeros celebrados en Chile

El artículo 81 de la LMC señala que “Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile”. Se trata de la aplicación del territorialismo impuesto en el artículo 14 del Código Civil. Como es lógico, este mandato tiene plena vigencia en Chile, pero no alcanza a los extranjeros fuera de nuestro territorio.

Consecuencia de lo anterior es el artículo 82 de la LMC, conforme al cual “El cónyuge domiciliado en Chile podrá exigir alimentos del otro cónyuge ante los tribunales chilenos y de conformidad con la ley chilena. Del mismo modo, el cónyuge residente en el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile”. Creemos que se trata de una disposición perfectamente inútil, ya que en su primera parte no es más que la aplicación del principio general consagrado en el artículo 14 del Código Civil. Su segunda parte tampoco es novedosa, si se atiende a lo prevenido en el artículo 57 del Código Civil, de acuerdo al cual “La ley no reconoce diferencias entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”. De manera que si un extranjero no domiciliado en Chile ejerce un derecho respecto de un extranjero que reside en Chile, dicha pretensión quedará sometida a la ley chilena y a la jurisdicción de sus tribunales de justicia. No se visualiza, tampoco, por qué se alude sólo al derecho de alimentos, en circunstancias de que la ley chilena debe aplicarse en todo lo concerniente a las relaciones de familia, respecto del extranjero domiciliado o residente en Chile.

C. Divorcio decretado por tribunales extranjeros

El **primer principio** sobre esta materia está contenido en artículo 83 inciso 1° de la LMC: “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”. Por consiguiente, si los nacionales o los extranjeros han contraído matrimonio en Chile, la relación matrimonial en lo relativo al divorcio se regirá por la ley chilena, si éstos se hallan en nuestro territorio al deducirse la acción. A la inversa, si han contraído matrimonio en el extranjero, la relación matrimonial en lo relativo al divorcio se regirá por la ley extranjera, si se encuentran fuera de Chile al deducirse la acción, sin perjuicio de las salvedades previstas en el artículo 80 de la LMC antes comentado. En ambos casos debe atenderse a la interposición de la acción de divorcio.

El **segundo principio** está expresado en el siguiente inciso del artículo 83: “Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil”. Por lo tanto, la LMC se remite al Párrafo 2° del Título XIX del Libro I del Código de Enjuiciamiento Civil, denominado “De las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros”. Las normas a

este respecto son las siguientes: i) el valor de estas resoluciones está dado por lo que dispongan los tratados internacionales respectivos, debiendo seguirse los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados (artículo 242 del Código de Procedimiento Civil); ii) en el supuesto de que no exista tratado internacional con la nación de que proceda la resolución, se dará "la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile" (principio de la "reciprocidad" consagrado en el artículo 243 del mencionado cuerpo legal); iii) en el evento de que resolución proceda de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile (artículo 244 del Código de Procedimiento Civil); iv) en caso que no pueda aplicarse ninguna de estas disposiciones, "las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por los tribunales chilenos, con tal que reúnan las siguientes circunstancias: 1°. Que no contenga nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2°. Que tampoco se oponga a la jurisdicción nacional; 3°. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; 4°. Que esté ejecutoriada en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas" (artículo 245 del señalado Código). Finalmente, el artículo 247 impone un requisito general, prescribiendo que "la resolución que se trate de ejecutar se presentará a la Corte Suprema en copia legalizada". Como puede observarse, se trata de una cuestión de competencia del máximo tribunal (exequátur).

El **tercer principio** está contenido en el inciso 3° del artículo 83 de la LMC, conforme al cual "En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno". Por lo tanto, hay dos obstáculos que impiden admitir en Chile el divorcio decretado en el extranjero: que ello provenga de una decisión administrativa, religiosa o convencional ajena al ejercicio de la jurisdicción; y que, en cualquier forma, dicha determinación infrinja las normas jurídicas consideradas esenciales para la organización y funcionamiento de la sociedad (orden público). Este último concepto amplía considerablemente las facultades de la Corte Suprema, ya que será ella la llamada a precisar qué normas conforman este marco fundamental.

El **cuarto principio** excluye el valor de las sentencias pronunciadas en el extranjero cuando ellas han sido "obtenidas en fraude a la ley", según reza el artículo 83 inciso 4° de la LMC. El concepto indicado está definido para esta materia en la misma disposición. Se entiende que se ha actuado en fraude a la ley "cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta de la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile

durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia". En verdad el propósito del legislador parece claro. Se trata de evitar que los cónyuges eludan los plazos de separación que permiten demandar el divorcio, señalados en el artículo 55 de la LMC (más de un año tratándose del divorcio de común acuerdo y más de tres años cuando se demanda por decisión unilateral). Asimismo, el espíritu de la ley indica que la prueba del cese de la convivencia debería ceñirse a los tres casos establecidos en el artículo 22 de la LMC o a la notificación de la demanda de separación (artículos 23 y 25 de la misma ley). Por disposición transitoria (artículo 2°), tratándose de matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, no rigen los artículos 22 y 25 "para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho". De aquí que el alcance que ha de darse al concepto de "fraude a la ley" que emplea el artículo 83 de la LMC deba relacionarse con los plazos indicados. No cabe duda que si se obtiene una sentencia de divorcio en país extranjero, eludiendo la prueba exigida en los artículos 22, 25 y 2° transitorio de la LMC, se burlan sus preceptos. Juan Andrés Orrego, refiriéndose al "fraude a la ley" dice: "Debemos entender que el espíritu de la norma, dice relación a impedir que se obtenga una sentencia de divorcio decretada por un tribunal extranjero, cuando los cónyuges no estaban en condiciones de probar ante los tribunales chilenos el cese de la convivencia o cuando se elude el pago de la compensación económica, de acuerdo a las norma de la ley chilena. Por ello recurren a un tribunal extranjero, alegando ante él el cese de la convivencia, pero sin la obligación de probarla por los medios restrictivos que contempla nuestra Ley de Matrimonio Civil, o pretendiendo obtener el divorcio sin asumir la obligación de pagar al cónyuge más débil la compensación económica prevista en nuestra ley. Así, por ejemplo, hay fraude a la ley si la sentencia dictada en el extranjero declara que los cónyuges –de acuerdo en el proceso– dicen haber estado separados hace al menos tres años, en circunstancias que en ese lapso tenían domicilio en Chile. Si las partes discrepan acerca del plazo del cese de convivencia, el plazo de amplía a cinco años".²³ Cabe señalar, aún, que la última parte del artículo 83 de la LMC dispone que "El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur". Surge, finalmente, a propósito de este concepto, una cuestión importante. ¿Pueden los interesados probar que no han obrado con el propósito de burlar el contenido de las normas de derecho interno? La respuesta es negativa. Concurriendo los presupuestos consagrados en la ley (inciso 4° del

²³ "Juan Andrés Orrego Acuña. "Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil". Editorial Metropolitana. Año 2004. Pág.161.

artículo 83) existe “fraude a la ley”, presunción que no es susceptible destruir. Así resulta de evaluar los términos que utiliza esta norma.

El **quinto principio** está señalado en el artículo 84 de la LMC, según el cual “La ley que rija el divorcio y la nulidad de matrimonio se aplicará también a sus efectos”. Por consiguiente, si el divorcio o la nulidad ha sido decretado por un tribunal extranjero de acuerdo a su legislación, será ésta la que regule los efectos que se siguen de dicha sentencia. Lo indicado resulta de aplicar el artículo 84 en armonía con el inciso 1° del artículo 80 de la LMC. En todo caso, como se explicó, si los efectos vulneran principios de orden público recogidos por la legislación interna, dichos efectos no tendrán aplicación en Chile, cuestión que se deberá resolver al concederse o denegarse el exequátur.

Estos son, nuestro juicio, los cinco principios a que están sometidas las sentencias dictadas en el extranjero cuando en ellas se decreta el divorcio o la nulidad del matrimonio.

VI. Sobre el matrimonio putativo

El respeto a la “buena fe” ha sido preocupación especial del legislador en materia matrimonial. Las consecuencias que de él se siguen son, en muchos casos, irremediables, especialmente en lo que dice relación con la descendencia y los bienes. Por lo mismo, la ruptura afecta situaciones e intereses de enorme importancia para los implicados. La aplicación del artículo 1687 del Código Civil (efecto retroactivo de la nulidad), como es obvio, no se aviene con este tipo de relaciones, fundadas en otros principios.

Para encarar los efectos que se siguen de la disolución del vínculo matrimonial, sea por efecto del divorcio o de la nulidad, se ha instituido el llamado “matrimonio putativo” o aparente. En el texto original del Código Civil, su regulación se hallaba en el artículo 122, que decía lo siguiente: “El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la lei requiere, produce los mismo efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, i con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges” (inciso 1°). “Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio” (inciso 2°). Conviene agregar el texto del artículo 123, que, sobre la extinción del vínculo, decía: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges. Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, i la disolución pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte”.

El citado artículo 122 inciso 1° del texto original del Código Civil sufrió modificaciones importantes con ocasión de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, sustituyéndose, desde luego, la frase “si ha sido celebrado con las solemnidades que la lei requiere”, por la oración “si ha sido celebrado ante Oficial del Registro Civil”. Pero fue la Ley N° 10.271, de 1952, la que incorporó en esta disposición un nuevo inciso 2°, cuyo texto era el siguiente: “Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error”. A partir de esta reforma se habló de “**matrimonio putativo simple**” y de “**matrimonio putativo calificado**”, aludiendo, en este último caso, sólo a la legitimidad de los hijos concebidos en él. La explicación de lo descrito es simple. Ante la indisolubilidad del matrimonio, lo cual importaba un vacío legal grave al dejarse sin solución las rupturas matrimoniales, como ocurre siempre en el derecho, se buscó la manera de descomprimir las presiones sociales que aquello generaba. Fue a partir de 1923, que interpretando el artículo 308 del Código Civil sobre prueba del estado civil, se admitió por la jurisprudencia que era posible acreditar, contra lo consignado en las partidas del Registro Civil, que el Oficial que autorizó el matrimonio era incompetente, porque no correspondía al domicilio o residencia de ninguno de los contrayentes (artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, que contemplaba la incompetencia del Oficial del Registro Civil como causal de nulidad del matrimonio). Se dejaba, de esta manera, en situación precaria la legitimidad de la descendencia, ya que el matrimonio podía no ser putativo, razón por la cual se optó por amparar a los hijos concebidos en él, introduciendo el “matrimonio putativo calificado” (recuérdese la importancia que entonces tenía la legitimidad de la descendencia). A lo anterior hay que agregar el hecho de que no estaba claro si era el juez quien debía declarar la putatividad del matrimonio, siendo previo acreditar la buena fe y la justa causa de error, o si ello no era necesario y se derivaba tácitamente de la sentencia de nulidad. Así las cosas, se llega a la Ley N° 19.947, de 2004.

El artículo 51 de la nueva LMC redefine el matrimonio putativo en los siguientes términos: “El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”. Hasta aquí no hay diferencia alguna, salvo la referencia que se hace al matrimonio religioso cuando éste es ratificado, en el plazo legal, ante el Oficial Civil. El inciso 2° del artículo 51 agrega: “Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad”. Esta norma merece varios comentarios.

Desde luego, si el matrimonio putativo supone la declaración de nulidad, no tiene sentido aludir a “reclamar la disolución del régimen de bienes”, porque dicha disolución se produce ipso jure, por el solo hecho de declararse la nulidad del matrimonio. Por otra parte, la facultad que se confiere al cónyuge que ha obrado de buena fe y con justa causa de error, es arbitraria, ya que el matrimonio putativo produce los mismos efectos que el matrimonio válido, por lo cual debe entenderse que el régimen de bienes existente (sociedad conyugal o participación en los gananciales) se ha extinguido y deberá procederse a la liquidación respectiva. ¿Qué sentido tiene permitir que el cónyuge favorecido pueda invocar “las reglas generales de la comunidad”, si entre ellos, como ocurre en el régimen de participación en los gananciales, no ha existido comunidad de bienes? Pero la recta interpretación de esta norma plantea otro alcance. ¿Implica ella un reconocimiento de que, cualquiera que sea el régimen de bienes habido durante el matrimonio putativo, existió entre los cónyuges comunidad de bienes? La norma es confusa en este orden de cosas.

Por último, conviene preguntarse, en relación a este inciso 2° del artículo 51 de la LMC, si el legislador entendió que por el solo hecho de existir matrimonio putativo se ha formado entre los cónyuges comunidad de bienes, incluso cuando en capitulaciones matrimoniales los contrayentes escogieron el régimen de separación total de bienes. Atendido lo previsto en el artículo 3° de la LMC, nosotros nos inclinamos por esta última interpretación. Por lo tanto, si se declara la nulidad del matrimonio y este tiene carácter de matrimonio putativo, cualquiera que sea el régimen de bienes habido en el matrimonio, incluso separación total de bienes, puede sostenerse la existencia de una comunidad respecto de los bienes adquiridos durante su vigencia.

Para fundamentar nuestra posición debe considerarse el hecho de que la situación descrita en la ley constituye una **sanción** al cónyuge que obró de mala fe y sin justa causa de error al momento de contraer el matrimonio que luego es declarado nulo. Asimismo, que habiendo habido convivencia derivada de un matrimonio aparente, se presume un esfuerzo común en todo cuanto dice relación con las necesidades de subsistencia y requerimientos patrimoniales de la familia. Por último, en el régimen de participación en los gananciales (que indudablemente está incluido en la norma), no existe comunidad de bienes, sin embargo de lo cual el cónyuge puede optar por ella, prescindiendo de la liquidación dispuesta en la ley. Nada tiene de extraño, entonces, que el legislador haya sancionado al contrayente que obró de mala fe y sin justa causa de error, derivando, de una convivencia autorizada en la ley, la existencia de una comunidad de bienes.²⁴

²⁴ En nuestro trabajo sobre la Ley de Matrimonio Civil, publicado en el Curso de Actualización Jurídica “Nuevas tendencias en el Derecho Civil”, Universidad del Desarrollo, Año 2004, Páginas 38 y 39, no nos planteamos este problema y señalamos que no cabía sostener la existencia de una comunidad cuando no había sociedad conyugal o participación en los gananciales. Con mayor estudio hemos optado por dar a esta norma el alcance que se describe en este trabajo.

Como puede observarse, la disposición analizada (artículo 51 inciso 2° de la LMC) plantea dudas muy radicales y admite interpretaciones encontradas.

El inciso 3° de la norma en comento reproduce en idénticos términos el inciso 2° del texto original del artículo 122 del Código Civil (sobre donaciones o promesas que se hayan hecho al cónyuge que se casó de buena fe). Por último, el inciso 4° dispone que “Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges”. Como puede comprobarse, el legislador protege la filiación de los hijos del matrimonio declarado nulo, en términos semejantes a los contenidos en la Ley N° 10.271, de 1952.

El artículo 52 de la LMC contiene, a propósito de esta institución, la norma más importante y novedosa. Ella pone fin a la duda que existía sobre si la putatividad del matrimonio debía ser declarada por el juez o se desprendía tácitamente de la sentencia sin que fuera necesaria declaración alguna. Su texto es el siguiente: “Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia”. Se trata, entonces, de una presunción simplemente legal, puesto que puede acreditarse que no han concurrido los requisitos indicados. Asimismo, el silencio de la sentencia sobre esta cuestión importa un reconocimiento tácito de la putatividad del matrimonio y la procedencia de sus efectos. Se resuelve, de esta manera, una de las dudas que suscitó esta institución por muchos años.

Íntimamente relacionado con esta materia, conviene invocar lo prevenido en el artículo 2° transitorio de la LMC. Dicha norma dispone que los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LMC se registrarán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio. De lo señalado se sigue que estos matrimonios pueden ser objeto de separación judicial, nulidad y divorcio, de acuerdo a la Ley N° 19.947. El mismo artículo, en el inciso 2°, contempla una excepción calificada al mandato anterior, al decir: “Sin perjuicio de lo anterior, las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión originan, se registrarán por la ley vigente al tiempo de contraerlo; pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil, prevista en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884”. La primera parte de la excepción nos parece lógica, ya que no puede exigirse al matrimonio celebrado con antelación a la vigencia de la nueva LMC, que cumpla con los requisitos impuestos en dicho estatuto matrimonial. La segunda parte es más dudosa. ¿Puede una ley sanear un vicio de nulidad y privar a las partes de la titularidad de la acción destinada a dejarlo sin efecto? ¿Qué ocurre con los juicios de nulidad iniciados y en tramitación al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley? Respecto de la extinción de una causal de nulidad

con efecto retroactivo, no nos cabe duda que puede la ley sanear el acto o contrato, privando a las partes de la acción de nulidad. Mientras ella no se ejerce, existe, a su respecto, una mera expectativa (sin perjuicio de que siempre un juicio es una contingencia incierta de ganar o perder). En relación a las acciones en actual tramitación al entrar en vigencia la nueva LMC, la cuestión está resuelta en el artículo 3° transitorio, que dispone: "Los juicios de nulidad de matrimonio ya iniciados al momento de entrar en vigencia la presente ley continuarán sustanciándose conforme al procedimiento vigente al momento de deducirse la demanda respectiva, salvo que las partes soliciten al juez continuar la tramitación de acuerdo a las norma que prevé esta ley (inciso 1°). En dicho caso, se aplicará a la nulidad del matrimonio la legislación vigente al momento de contraerse el vínculo" (inciso 2°).

De la manera indicada resolvió el legislador el ardoroso conflicto que desencadenó la jurisprudencia al admitir la nulidad del matrimonio por incompetencia del oficial del Registro Civil, por no corresponder al domicilio o residencia de ninguno de los contrayentes, pudiendo probarse este hecho, contra el mérito de las partidas, mediante testigos (artículo 308 del Código Civil). Al amparo de esta interpretación, la nulidad de matrimonio fue por largos años un sustituto irregular del divorcio con disolución del vínculo.

Para concluir, digamos que el matrimonio putativo –que tiene origen en el Código Civil de Bello– ha sido una institución fundamental, ya que ha evitado injusticias y despojos, privilegiado la buena fe y la diligencia de los contrayentes y resguardado la filiación de los hijos nacidos de estos enlaces.

VII. Debilitamiento de la relación conyugal

Antes de concluir este trabajo, estimamos oportuno referirnos a lo que bien podría llamarse debilitamiento de la relación conyugal, la cual se manifiesta, no en la disolubilidad del vínculo, como lo plantean algunos comentaristas, sino en la amplitud, vaguedad e imprecisión de algunas causales de nulidad y de la ejemplarización de la causal genérica de divorcio.

A. Sobre causales de nulidad

Si se comparan las causales de nulidad de matrimonio contempladas en la antigua Ley de Matrimonio Civil con las contenidas en la Ley N° 19.947, se advierten diferencias importantes, todas las cuales relativizan la validez del contrato.

Comencemos por analizar los N°s 3 y 4 del artículo 5° de la LMC. El primero de ellos declara que "No podrán contraer matrimonio: ...3° Los que se hallaren privados del uso de razón (se trata de personas dementes); y los que por un

trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio". En esta última parte, se crea una ineptitud especial de carácter mental, señalándose que ella impide de "modo absoluto", o sea, irremediadamente, para formar "la comunidad de vida que implica el matrimonio" y que dicho trastorno o anomalía debe diagnosticarse fehacientemente. Todos los elementos de la figura son relativos, imprecisos, vagos y admiten muy diversas lecturas. ¿Qué significa y qué comprende la "comunidad de vida que implica el matrimonio"? Los proyectos de vida que se procuran alcanzar a través del matrimonio por los contrayentes pueden ser muy distintos y no necesariamente coincidentes. ¿De qué manera deben enfocarse estas diferencias? ¿Cómo debe manifestarse una "anomalía" y un "trastorno" psíquicos? No puede afirmarse que ambos términos sean sinónimos, ya que "anomalía" da la idea de una irregularidad permanente, estable en el tiempo; en tanto "trastorno", a la inversa, parece referirse a una irregularidad temporal, transitoria o pasajera. ¿Basta una diferencia transitoria que altere la "comunidad de vida que implica el matrimonio", para que éste sea considerado nulo? Como puede observarse, la causal es confusa, cabe en ella una infinidad de situaciones de la más diversa índole, todo lo cual debilita considerablemente el vínculo matrimonial. Javier Barrientos Grandón y Aránzazu Novales Alquézar señalan, a propósito de esta causal, que "Es esta una nueva hipótesis de limitación a la universalidad de *ius conubii* en relación con las que establecía la ley de 1884, cuya historia, redacción y posición sistemática la rodean las diversas dificultades dogmáticas y, con seguridad, generarán una serie de problemas que la jurisprudencia habrá de resolver en su día".²⁵ Los autores citados recuerdan que esta restricción encuentra su antecedente en el canon 1095.3 del *Codex Iuris Canonici de 1983*. La incorporación de disposiciones de derecho canónico a nuestra ley, como se comentará más adelante, constituye uno de los errores fundamentales de la nueva LMC.

Lo propio ocurre respecto de la causal de que trata el artículo 5° N° 4 de la LMC, que declara inhábiles para contraer matrimonio "A los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio". Se trata, esta vez, de una especie de incapacidad absoluta, fundada en la incomprensión y, por consiguiente, falta de compromiso con los deberes y derechos "esenciales" del matrimonio. Volvemos a la influencia del derecho canónico, ya que esta causal de nulidad se inspira en el mismo antecedente citado en el párrafo precedente.

Probablemente la norma que mayor precariedad da al contrato de matrimonio sea el artículo 8° de la LMC, que se refiere al consentimiento libre y espontáneo. Nuestra ley entiende que dicho consentimiento no existe en tres casos

²⁵ Javier Barrientos Grandón y Aránzazu Novales Alquézar. "Nuevo derecho matrimonial chileno". LexisNexis. Año 2004. Pág. 222.

concretos: cuando ha habido error en la identidad de la persona del otro contrayente; cuando ha habido error en alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento; y cuando ha habido fuerza, en los términos del artículo 1456 y 1457 del Código Civil, sea que haya sido ocasionada por una persona o una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo. Nuestra atención se centra en la ausencia de las "cualidades personales" que han resultado determinantes para contraer matrimonio, atendiendo a la naturaleza y fines del mismo. Esta disposición, como lo recuerdan Barrientos y Novales, se inspiró en el derecho canónico y en el Código Civil español. Nuevamente nos enfrentamos a una figura abierta, compuesta por elementos que admiten muy variadas interpretaciones y que, por lo tanto, relativizan la validez del consentimiento. ¿Qué cualidades personales han de ser determinantes para consentir en el matrimonio? Creemos que ello depende de lo que el contrayente defraudado haya incorporado a su proyecto de vida, de la importancia y solidez de sus concepciones religiosas, de las convicciones políticas y sociales a que adhiere, de los valores y preferencias que aspire realizar, etcétera. Es muy poco lo que un juez puede ponderar a este respecto, ya que él no está habilitado para calificar ni los proyectos de vida, ni las concepciones religiosas, ni las convicciones políticas y sociales del contrayente. Entonces, en estricta lógica, ello debería quedar entregado al arbitrio de quien demanda la nulidad, puesto que sólo él está en condiciones de definir las cualidades personales, atendida la naturaleza y fines que atribuye al matrimonio, que lo indujeron a casarse. Por lo mismo, esta causal de nulidad es una manifestación elocuente de un arbitrio personal que, sin embargo, se deposita en manos de un juez.

El error básico de nuestra LMC es haberse basado, para establecer estas causales de nulidad, en el derecho canónico. Si los contrayentes son católicos practicantes, todas estas disposiciones tienen fundamento y es posible aplicarlas con certeza y regularidad. Quienes profesan la fe católica tienen una concepción bien definida del matrimonio, de su naturaleza, de sus fines, de los deberes que impone, de su indisolubilidad, etcétera. Pero no ocurre lo mismo respecto de toda la población. Saltan a la vista las diferencias que surgen respecto de problemas valóricos en la contingencia legislativa o política (píldora del día después, aborto, eutanasia, cultivo de células madres, etcétera). Dicho de otro modo, a una comunidad laica se le imponen normas de una comunidad religiosa que, por respetable que sea, no puede aspirar a hacer primar sus concepciones. Es aquí en donde se confronta la sociedad laica con la sociedad confesional, generándose un abismo que los jueces no pueden llenar. Paradójicamente, es esta, a nuestro juicio, la fuente más prolifera de la inestabilidad jurídica del vínculo, lo que opera en contra de lo que predica la fe católica.

B. Sobre causal de divorcio

Nuestro enjuiciamiento crítico se hace extensivo a la causal de “divorcio sanción” configurada en el artículo 54 de la LMC. Como es sabido, existe una causal genérica de divorcio (idéntica a la causal de separación judicial, lo cual demuestra la efectividad del principio de degradación progresiva del vínculo matrimonial), la cual consiste en “falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”. La ley, en la misma disposición, dándole un alcance interpretativo, ha señalado una serie de hechos, entre otros, que configuran la causal de divorcio sanción. El N° 2 del inciso 3° del indicado artículo de la LMC, expresa que se incurre en la causal en caso de “Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio”. De esta norma interpretativa se sigue que la infracción al deber de fidelidad se ha atenuado a tal extremo que el adulterio, por sí solo, no es una causal suficiente para decretar el divorcio. Para que tal ocurra es necesario que el adulterio sea “reiterado”, esto es, haya ocurrido varias veces. La norma citada se halla en abierta oposición a lo indicado en el artículo 132 del Código Civil, según el cual “El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé”. A la luz de lo prevenido en el artículo 54 inciso 3° de la LMC, parece no ser el adulterio una infracción tan grave como lo manifiesta el Código Civil.

Así las cosas, si se compara la legislación matrimonial que regía no hace más de 30 años, se llegará a la conclusión de que el menoscabo que sufre, en este momento, el matrimonio como institución y núcleo natural de la familia no se debe sólo a un fenómeno sociológico irrefrenable, sino también a los cambios legislativos que han operado, todos los cuales apuntan en la misma dirección: restar importancia al matrimonio. De aquí, creemos nosotros, se sigue la reticencia que experimentan hombres y mujeres de constituir una familia sobre las bases consagradas en la LMC. Insistamos en que es indispensable fortalecer las bases en que se sustenta la familia y ello pasa, necesariamente, por promover la legislación que regula la unión entre un hombre y una mujer que aspiran a vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, como reza el artículo 102 del Código Civil. Cada día se cree más firmemente que el matrimonio es un compromiso privado, entregado por entero a la voluntad de los contrayentes y que, por lo mismo, la autoridad debe limitarse a intervenir lo menos posible, dejando en manos de los cónyuges las decisiones más importantes en lo concerniente a sus efectos y su proyección en el tiempo. Es aquí, pensamos nosotros, en donde radica la diferencia fundamental. El matrimonio debe analizarse y valorizarse en función de la familia. Por lo mismo, no puede eludirse el hecho de que la estabilidad, protección y seguridad de sus integrantes (particularmente los descendientes) es tarea esencial del Estado. Así está consagrado, por lo demás,

en el mandato constitucional del artículo 1° de la Carta Política. No nos asiste la menor duda sobre la trascendencia que para la comunidad chilena tendrá la circunstancia de que sean cada día más numerosas las parejas que optan por una convivencia convencional en sustitución del contrato de matrimonio. Este tipo de uniones, atendido su carácter informal e inestabilidad, deteriora el núcleo familiar y proyecta una imagen negativa hacia los descendientes. Lamentablemente, parece no existir conciencia sobre lo que este fenómeno representa y sus consecuencias ulteriores.

VIII. Influencia de la sociedad conyugal como régimen patrimonial del matrimonio en Chile

Como es sabido, la sociedad conyugal en nuestro país es el régimen patrimonial de derecho en el matrimonio (artículos 135 y 1718 del Código Civil). Este se contrae por el solo hecho de que los cónyuges no opten expresamente por el régimen de participación en los gananciales o por la separación total de bienes. Creemos nosotros que este régimen no sólo ha sido exitoso (al ajustarse a nuestra realidad socioeconómica), sino que ha servido para dar estabilidad económica a la familia.

Desde luego, parece justo que existiendo una plena comunidad de vida entre los cónyuges, todo aquello que adquieran durante el matrimonio a título oneroso sea compartido igualmente. Como quiera que sea la mancomunidad existente entre marido y mujer, ambos cooperan del mismo modo a superar las necesidades materiales de la convivencia.

Es igualmente innegable que la mujer, atendida una larga tradición que comienza a cambiar recién en las postrimerías del siglo pasado, es quien mayores quebrantos debe enfrentar en el matrimonio. Sobre ella ha recaído preferentemente el cuidado del hogar común, la crianza de los hijos, la organización de la vida doméstica, sin perjuicio de su incorporación al proceso productor. Hoy día, son cada vez más numerosas las mujeres que compatibilizan sus tareas conyugales con el desempeño de una actividad remunerada.

La sociedad conyugal, a lo largo de los años, ha ido evolucionando, especialmente por las modificaciones introducidas en las leyes N°s 5.521, 10.271, 18.802, 19.585 y 19.947. Se ha ido generando, gradualmente, un régimen especial que, indudablemente, favorece los intereses de la mujer por sobre los intereses del marido. Existen tres aspectos indiscutibles que deben destacarse. **En primer lugar**, la administración de la sociedad conyugal se ejerce por el marido, pero con tal cantidad de trabas y restricciones que no es exagerado sostener que estamos frente a una "coadministración". Ningún negocio importante, que comprometa los intereses de la sociedad conyugal, puede ejecutarse por el

marido sin la anuencia de su mujer, la cual, en todo caso, está habilitada para demandar la separación de bienes e, incluso, una reparación indemnizatoria. **En segundo lugar**, con la sociedad conyugal coexisten regímenes anexos a la misma, que permiten a la mujer administrar, incluso con mayores facultades que el marido, parte importante de los bienes comprometidos en la comunidad de bienes (artículos 150, 166, 167, 1724 del Código Civil). **En tercer lugar**, al disolverse la sociedad conyugal, la mujer goza de numerosos beneficios adicionales, pudiendo renunciar a los gananciales y conservar su “patrimonio reservado”, ejercer su derecho de emolumentos y hacerse pagar con preferencia sus gananciales, mantener los bienes que administraba por separado, reclamar una reparación indemnizatoria si el marido ha administrado con culpa grave o dolo, etcétera. Prueba práctica de lo que se señala es el hecho de que en numerosos casos la compensación económica a que da lugar el divorcio, se paga asignando, en la liquidación de la sociedad conyugal, los bienes más valiosos a la mujer (generalmente el inmueble o casa habitación).

No vacilamos en calificar este régimen como una “discriminación positiva” en favor de la mujer, lo cual favorece, creemos nosotros, a la familia y particularmente a los descendientes de la unión matrimonial. Por lo mismo, sería un error alterar este régimen con el propósito de mantener una supuesta igualdad de géneros, todo lo cual irá en desmedro de la mujer y desestabilizará, todavía más, la unión conyugal. Lo que señalamos no se opone, por cierto, a corregir ciertos errores y vacíos, como ocurre, por ejemplo, con la administración por parte del marido de los bienes propios de la mujer (artículos 1754 y 1755). Pero estas deficiencias no justifican una alteración radical del régimen de bienes de derecho en el matrimonio. Tampoco rechazamos la posibilidad de simplificar algunas de las disposiciones que componen el Título XXII del Libro IV del Código Civil, denominado “De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal”, para hacerlo más accesible al conocimiento y comprensión de los imperados.

No puede analizarse, a nuestro juicio, esta materia sin tener una visión global de la situación jurídica de los cónyuges como consecuencia del matrimonio. Así, por ejemplo, la circunstancia de que el cónyuge sobreviviente sea, en el día de hoy, un “legitimario privilegiado” (artículos 1182 y 988 del Código Civil), permite evitar que éste quede en una menesterosa situación a la muerte de su marido o de su mujer. Estadísticamente está demostrado que en Chile las mujeres viven varios años más que los hombres. De ello se infiere que esta modificación a la sucesión por causa de muerte redundará más en provecho de la mujer que del marido. Lo propio podría decirse del derecho especial que se le concede en el artículo 1337 N° 10 del mismo Código Civil, respecto del inmueble en que reside y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia así como el mobiliario que lo guarnece.

Las leyes no pueden desentenderse de la realidad socioeconómica que regulan. Las condiciones de la mujer en Chile, habiendo mejorado considerablemente en los últimos años, son aun desmedradas en relación al hombre. Por lo mismo, debe subsistir un estatuto que favorezca a la mujer para compensar de algún modo esta insuficiencia.

No exageramos si decimos que ha sido la sociedad conyugal el instituto jurídico que más ha contribuido a la estabilidad del vínculo matrimonial, al extender la comunidad de cuerpos al campo patrimonial y generar en los cónyuges intereses compartidos. Es probable que en un futuro no lejano, ignorando estos efectos, nuestros legisladores propinen otro golpe al vínculo matrimonial, modificando, esta vez, el régimen de bienes de derecho a que están sujetos los cónyuges.

IX. Matrimonios entre personas del mismo sexo

Conviene abordar este tema, habida consideración de una cierta presión pública desencadenada por grupos minoritarios, que exigen incorporar a nuestra legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta cuestión se ha acentuado a propósito de la tuición de los hijos menores reclamada por parejas homosexuales.

Comencemos por señalar que toda persona es soberana para escoger sus opciones sexuales, siempre que ello no vulnere el derecho ajeno ni las prohibiciones consagradas en la ley. No cabe, entonces, inmiscuirse en ello, invocando principios éticos o mandatos de otro orden. Pero, de aquí a aceptar que el matrimonio, fuente esencial de la familia y de la procreación, pueda darse entre personas del mismo sexo, hay un abismo imposible de salvar. El matrimonio, protegido en función de sus fines en la Constitución Política de la República, sólo es concebible entre un hombre y una mujer. La Carta Política es clara a este respecto. La familia es un "cuerpo social intermedio" a través de la cual se organiza y estructura la sociedad. La protección que se le brinda en el artículo 1° inciso 2° de dicho estatuto fundamental, tiene por objeto "cumplir sus fines específicos". La señalada disposición no deja lugar a equívocos: *"El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"*. Ahora bien, nadie podría desconocer que dichos fines específicos están señalados en el artículo 102 del Código Civil, desde hace 150 años, constituyendo, más que un enunciado, un principio permanente. El matrimonio tiene tres fines esenciales; comunidad de vida entre marido y mujer (vivir juntos), procreación y auxilio mutuo. Si por naturaleza es imposible que la unión entre dos personas pueda cumplir con estos fines, no hay matrimonio ni reconocimiento ni protección constitucional ni legal.

Son numerosas las normas que revelan el espíritu del legislador en esta materia y que excluyen toda posibilidad de que pueda admitirse un matrimonio entre sujetos del mismo sexo. Así, por ejemplo, el artículo 80 de la LMC (antes comentado), según el cual el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a la ley del mismo país, produce en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, *“siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”*. La definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, que se mantuvo intocada luego de la aprobación de la Ley N° 19.947. La extensión de la causal única de divorcio consagrada en el artículo 54 de la LMC, que sanciona como violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio la *“conducta homosexual”*. La antes comentada protección que la Constitución brinda a los grupos intermedios para el cumplimiento de sus propios fines específicos. En general, podríamos decir que toda la reglamentación jurídica del matrimonio gira en torno a la unión entre un hombre y una mujer, cuestión que en su momento llevó, incluso, a formular la teoría de la inexistencia jurídica, precisamente al tratarse del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La discusión, en consecuencia, debería girar sobre otro eje. ¿Cabe reglamentar legalmente las uniones homosexuales? ¿Es esta una materia que requiere de regulación jurídica? ¿Debe instituirse un estatuto especial para quienes se comprometan a compartir su vida?

Nosotros creemos que ello no es necesario por dos razones. En primer lugar, porque existe una serie de instituciones que permiten resolver los problemas que puede generar este tipo de convivencia, respetando la voluntad de las personas involucradas en ella. Así ocurre, tratándose de los bienes adquiridos durante la convivencia, con el cuasicontrato de comunidad, pudiendo los interesados, incluso, reglamentar la administración de los bienes, la disolución de la comunidad, el porcentaje que corresponde a cada uno de los comuneros, etcétera. Otra posibilidad es la celebración de un contrato de sociedad en el supuesto que los partícipes realicen una actividad lucrativa común. En el campo de la sucesión por causa de muerte, por medio del testamento cada uno de los convivientes puede disponer de todo o parte de sus bienes (según concurren parientes con derecho a asignaciones forzosas). Pueden también recurrir a un seguro de vida o una renta vitalicia u otro tipo de prestación previsional. Como puede comprobarse, son numerosas las instituciones que sirven el propósito indicado sin que sea necesario consagrar una forma especial de unión semejante al matrimonio. En segundo lugar, la tendencia que hemos analizado en los capítulos precedentes apunta en el sentido contrario de aquel que reclaman los partidarios de introducir vínculos legales estables entre parejas del mismo sexo. Podría sostenerse que la aspiración que predomina consiste en *“desformalizar”* las relaciones personales heterosexuales. Esto explica que se recurra cada día

menos al matrimonio y se opte por la convivencia al margen de toda regulación legal. ¿Cómo conciliar esta tendencia con el afán de introducir nuevas formas de vinculación jurídica en las relaciones personalísimas? Creemos que tras el intento de lograr este fin se oculta una especie de desafío –hoy enteramente innecesario– para legitimar este tipo de uniones de hecho. Por lo tanto, estimamos que introducir una reforma legal es enteramente innecesario.

En el supuesto de que se impusiera la tendencia a legislar en esta materia, adoptando un estatuto legal que regulara la unión de personas del mismo sexo (proyecto que se encuentra presentado al Congreso Nacional), ello sólo podría referirse a la situación de los bienes, su administración, los derechos sucesorios y los deberes de socorro (derecho de alimentos). ¿Qué se ganaría con ello que no pueda conseguirse por los medios jurídicos de que se dispone en la actualidad? Una especie de “submatrimonio” no haría más que atizar el ambiente de resistencia social que subsiste en amplios sectores de la población respecto de esta clase de uniones, empeorando el clima de convivencia.

Dos problemas se suscitan frecuentemente en la discusión acerca de esta conducta. Uno dice relación con la tuición de los menores por parte de parejas homosexuales, y otra la posibilidad de que se autorice la adopción como si se tratara de una pareja heterosexual. El debate sobre esta cuestión elude, a nuestro juicio, lo fundamental. La cultura predominante en nuestra sociedad impone como modelo de familia aquella integrada por el padre y por la madre. Ambos proyectan una imagen necesaria, porque se funden dos roles diferentes, pero complementarios. Si en la pareja dichos roles se mezclan y distorsionan, este fenómeno opera en perjuicio de los menores, sea porque el de sexo femenino no tiene modelo de “mujer-madre”, sea porque el de sexo masculino no tiene modelo de “hombre-padre”. Pero el conflicto es aun peor, porque los modelos se confunden, proyectando una relación que carece de los parámetros culturales prevaecientes. De aquí que no se trate de descalificar a ciertas personas para ejercer el cuidado de sus hijos menores o la adopción como consecuencia de sus inclinaciones y preferencias sexuales, sino de evitar la destrucción de modelos que son propios de nuestra cultura, convivencia y valoración social.

Hasta aquí las reflexiones que nos merece la proposición de introducir entre nosotros el llamado “matrimonio homosexual”. Es cierto que otras naciones lo han introducido (incluso España, tan afín a Chile por razones históricas), pero están pendientes los resultados de aquella experiencia. Todo hace suponer que esta medida minará todavía más la estabilidad y la solidez de la familia. Presumimos que nadie puede aspirar a ello.

X. Sobre algunas normas transitorias

Para concluir este trabajo, creemos útil referirnos brevemente a algunas disposiciones transitorias contenidas en la LMC. Se trata de regular la situación de algunos juicios en tramitación y de mandatos pendientes que suponen el transcurso de un cierto lapso de tiempo.

a. Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LMC se registrarán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio. Tanto las formalidades y los requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión origina, se rigen por la ley vigente al momento de contraerlo. Sin embargo, como se comentó en lo precedente, se priva a los cónyuges de la causal de nulidad consagrada en el artículo 31 de la ley anterior, esto es, la incompetencia del Oficial Civil ante quien se celebró el matrimonio y la ausencia o inhabilidad de los testigos que intervinieron en él. Como es lógico, si la demanda de nulidad, basada en esta causal se había notificado y existía juicio pendiente al momento de entrar en vigencia la nueva LMC, ella es perfectamente procedente y deberá aplicarse el indicado artículo 31.

b. Los juicios de nulidad de matrimonio que se hubieren iniciado al momento de entrar en vigencia la Ley N° 19.947 se siguen substanciendo conforme al procedimiento vigente al momento de deducirse la demanda respectiva, salvo que las partes acuerden someterse a la nueva ley. La nulidad se rige, en este caso, por la legislación vigente al momento de contraerse el vínculo (artículo 3° transitorio).

c. "Los juicios de divorcio perpetuo o temporal ya iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley continuarán tramitándose como juicios de separación judicial bajo el procedimiento regulado al momento de deducirse la demanda respectiva" (artículo 4° transitorio). La referencia que hace esta disposición a la "separación judicial" debe entenderse como una remisión al Párrafo 2° de la LMC, denominado "De la separación judicial" (artículos 26 y siguientes). El mismo artículo faculta a las partes para "solicitar al juez que prosiga el juicio comenzado, o que se aplique lo dispuesto en la disposición Segunda del artículo 1° transitorio".

d. El artículo 5° transitorio contiene un mandato importante. Los juicios de nulidad de matrimonio o de divorcio perpetuo que se hallaban iniciados al momento de entrar en vigencia la nueva LMC, una vez concluidos por sentencia judicial ejecutoriada, no impiden que puedan ejercerse las acciones previstas en esta ley, sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada que, en este caso, pudiere corresponder. O sea, se faculta a los cónyuges para ejercer la acción de separación judicial, de nulidad y de divorcio, debiendo respetar la cosa juzgada que resulte de la sentencia ya pronunciada.

e. El artículo 6° transitorio señala que *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley, se hayan divorciado temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”*. Como puede observarse, hay dos efectos especiales. Se crea un nuevo estado civil de “separado”, que corresponde a quienes se encuentran divorciados temporal o perpetuamente de acuerdo a la Ley de Matrimonio Civil de 1884; asimismo los efectos de este estado civil pasan a estar reglamentados por la nueva LMC. Así las cosas, en Chile, respecto del matrimonio existen, en este momento, cuatro estados civiles: casado, soltero, separado y divorciado, rigiéndose todos ellos por lo previsto en la Ley N° 19.947. Como es obvio, la nulidad de matrimonio, atendido a que ella opera con efecto retroactivo, devuelve la calidad de soltero a quien obtiene sentencia favorable.

f. Finalmente, como se consigna en el artículo 55 de la LMC, para demandar el divorcio, sea de común acuerdo o por decisión unilateral de uno de los cónyuges, el legislador exige que la convivencia haya cesado por el plazo de un año, en el primer caso, o de tres años, en el segundo. Tal como hemos explicado con antelación, estos plazos tienen por objeto llegar a la extinción del vínculo mediante un proceso gradual de la convivencia, a fin de hacer más madura y mediata la decisión. En el mismo sentido debe considerarse la conciliación y la mediación. Interesa al legislador, por otra parte, la existencia de una prueba irrefutable de que la separación de cuerpos ha perdurado por el plazo antes mencionado. Para estos efectos, dicho plazo debe computarse de acuerdo a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la LMC. Vale decir, se prueba el cese de la convivencia por el acuerdo de los cónyuges mediante escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; acta extendida ante Oficial del Registro Civil; o transacción aprobada judicialmente. Además, puede acreditarse por la notificación de la demanda sobre aquellas materias especificadas en el artículo 23 (regulación de las relaciones mutuas, alimentos que se deban, bienes familiares o régimen de bienes en el matrimonio, relaciones con los hijos, como alimentos, cuidado personal, o relaciones directas y regulares). El artículo 2° transitorio, inciso 2° de la LMC suspende la aplicación de los artículos 22 y 25, pero dispone, como se analizó en lo precedente, que el *“juez podrá estimar que no se ha acreditado (la suspensión de la convivencia) si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre este hecho”*.

Estas son las normas fundamentales que rigen el tránsito entre una y otra Ley de Matrimonio Civil.

Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austriaca y suiza

José Ramón de Verda y Beamonte

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. Consideraciones preliminares

En las legislaciones de Alemania, Austria y Suiza, a diferencia de lo que sucede en el derecho francés, se regula, de manera bastante pormenorizada, la promesa de matrimonio.

Aunque entre dichas legislaciones existen diferencias significativas en la regulación de la materia, tienen en común dos ideas principales.

La primera de ellas es la inexigibilidad jurídica de la promesa de matrimonio, estimándose, además, nulas las cláusulas penales pactadas, para el caso de que dicho matrimonio no tuviera lugar.¹

La segunda idea fundamental es que, no obstante ello, se establece legalmente la obligación de indemnizar, en ciertos casos, determinados daños derivados de la ruptura de la promesa.²

II. El derecho alemán

Comenzaré, en primer lugar, por el estudio de la legislación alemana, que dedica a la promesa de matrimonio (“Verlöbnis”) los §§ 1297 a 1302 del “BGB”.

¹ Cfr. § 1297 del “BGB”, § 45 del “ABGB”, artículo 90, III del “ZGB”. En el derecho suizo, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Federal de 26 de junio de 1998, ha desaparecido, sin embargo, la expresa norma contenida en el originario artículo 91. II del “ZGB”, que establecía la inexigibilidad de las penas convencionales pactadas para el supuesto de la no celebración del matrimonio.

² Cfr. § 1298 del “BGB”, § 46 del “ABGB”, artículo 92 del “ZGB”.

1. La inexigibilidad de la promesa de contraer matrimonio: el § 1297 del "BGB"

El § 1297 del "BGB" dispone, en su párrafo primero, que la promesa de matrimonio no produce acción para demandar su celebración,³ declarando, en su párrafo segundo, la nulidad de las penas pactadas, para el supuesto de que éste no tuviera lugar.⁴

Hay, pues, que resaltar que la norma no declara la nulidad de la promesa de matrimonio, sino su inexigibilidad ante los Tribunales; y ello, a diferencia de lo que afirma respecto de las penas convencionales, respecto de las cuales sí dice, expresamente, que son nulas.⁵

Creo que la redacción del precepto ha influido en la posición de la doctrina científica alemana al explicar la naturaleza de la promesa de matrimonio y, consiguientemente, el fundamento de la obligación de resarcir los daños que su ruptura provoca en los términos previstos en el § 1298 del "BGB", al que posteriormente me referiré.

2. La posición de la doctrina alemana respecto de la naturaleza de la promesa

En torno a esta cuestión existen, básicamente, dos teorías: de un lado, la que afirma que la promesa es un negocio jurídico ("Vertragstheorie"); y, de otro,

³ KIPP, T. y WOLFF, M.: *Lehrbuch des Bürgerlichenrechts*, volumen 2º, tomo 2º, *Das Familienrecht*, R. G. Elmer'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun), 6ª edición, Marburg, 1928, p. 17, observan que el antecedente de este precepto es el Derecho sajón, que, a diferencia de otros, como el prusiano, no admitía la acción encaminada a exigir la celebración del matrimonio, sino, exclusivamente, la posibilidad de ejercitar, en su caso, una acción indemnizatoria (en la nota 15, cita los §§ 1579 y ss. del Código civil sajón). Por el contrario –añaden los autores– el Derecho prusiano sí admitía la primera de dichas acciones, así como la correspondiente condena a contraer el matrimonio prometido, si bien no aceptaba la ejecución forzosa de la sentencia, sino, tan sólo, una pretensión subsidiaria de indemnización, cuando el prometido se negaba a cumplir la promesa, de manera obstinada, o se ponía, él mismo, en situación de no poder cumplirla (en la nota 14, cita el ALR prusiano II 1, §§112 y siguientes).

⁴ DÖLLE, H.: *Familienrecht*, volumen 1º, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1964, p. 63, GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, L.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1921, p. 10, y KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 18, nota 6, observan que la nulidad también procede respecto de cláusulas penales estipuladas por terceros, distintos de los prometidos.

⁵ La rúbrica del § 1297 del "BGB" dice, así, "Unklagbarkeit", y el tenor de su párrafo primero es el siguiente: "Aus einem Verlöbniß kann nicht auf Eingehung der Ehe nicht werden", mientras que, por el contrario, en su párrafo segundo, afirma: "Das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung des Ehe unterbleibet, ist nichtig".

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 18, nota 6, remarcan que la pena convencional pactada es nula y no sólo inexigible: "ist nichtig (nicht nur, so Schweiz [...] unklagbar)".

Los autores observan que la redacción del precepto contrasta con la del originario artículo 91. II del "ZGB", que hablaba, no de la nulidad, sino de la inexigibilidad de las penas convencionales pactadas para el supuesto de la no celebración del matrimonio.

Sin embargo, dicha previsión legal ya no existe en el "ZGB" tras la Ley Federal de 26 de junio de 1998.

la que lo niega, afirmando que se trata de un mero hecho que, en unión con otras circunstancias, es susceptible de producir efectos jurídicos (“Tatsächlichkeitstheorie”).⁶

A) La teoría contractual (“Vertragstheorie”).

Los autores alemanes se han esforzado por hallar una explicación que concilie la obligación de resarcir del novio, que, sin un motivo importante, rompe la promesa del matrimonio, con el principio de libertad nupcial.

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha sostenido que la promesa es un contrato,⁷ un precontrato,⁸ un negocio jurídico de Derecho de familia⁹ o un

⁶ A ellas podemos añadir la “Theorie des ‘gesetzliches’ Rechtsverhältnisses”, desarrollada por CANARIS, C.W.: “Das Verlöbniß als ‘gesetzliches’ Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der ‘Vertrauenshaftung’”, “Archiv für die civilistische Praxis”, volumen 165, 1965, pp. 1 ss. (en particular, pp. 10-29), la cual, a mi parecer, no es sino una modalidad de la teoría del hecho jurídico, que sólo se explica por la circunstancia de que en el “BGB” falta una cláusula general de responsabilidad civil extracontractual semejante a la contenida en el artículo 1382 del Código civil francés o en el artículo 1902 del Código civil español, lo que lleva a la doctrina científica alemana a separar la responsabilidad por “culpa in contrahendo” de la delictual.

⁷ Un importante sector de la doctrina científica alemana ha sostenido que la promesa de matrimonio es un contrato que genera la obligación recíproca de los prometidos de contraer un matrimonio, al cual son de aplicación las disposiciones generales sobre el negocio jurídico y los contratos, si bien el cumplimiento de la obligación es inexigible, por lo que su incumplimiento culpable puede dar lugar, exclusivamente, a una indemnización de daños y perjuicios.

COSACK, K.: *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts aus der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs*, volumen 2º, *Das Sachenrecht, Das Recht der Wertpapiere. Das Gemeinschaftsrecht. Das Familienrecht. Das Erbrecht*, 4ª edición, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1904, pp. 466-467, define la promesa como un contrato que origina la obligación del hombre y de la mujer de casarse. Afirma que, para que pueda celebrarse, es necesario que ninguna de las partes esté casada o prometida. Por lo demás –continúa diciendo el autor– en la conclusión del contrato se aplican las normas generales, observando que, por ello, no resulta obligado el menor que se promete sin el consentimiento de su representante legal y, así mismo, que es nula la promesa en el caso de simulación. Más adelante, precisa que el hecho de que la obligación no se pueda exigir judicialmente no debe hacer dudar de su carácter jurídico, porque, en caso de incumplimiento, sin concurrir un motivo importante, tiene lugar una pretensión de resarcimiento. CROME, C.: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, volumen 4º, *Immaterialgüterrechte.- Familienrecht*, Verlag von I. C. B. Mohr, Tübingen, 1908, pp. 196-198, en particular, notas 1 y 5, entiende que la promesa, tal y como sostiene la doctrina dominante, es un contrato sujeto a las reglas generales previstas para este tipo de negocio jurídico, en particular, las relativas a la materia de capacidad y vicios del consentimiento, refiriéndose específicamente a la simulación. Más adelante, realiza una afirmación un tanto extraña desde la óptica de la “Vertragstheorie”. Dice, así, que la promesa no da lugar a ninguna obligación jurídica de contraer el matrimonio proyectado: “Das Verlöbniß erzeugt keine Rechtspflicht, die beabsichtigte Ehe einzugehen”, invocando como argumento el principio de libertad nupcial. Sin embargo, a continuación precisa dicha matización, rechazando la idea de que el negocio no despliegue efectos jurídicos, afirmando que nos encontramos ante un contrato que genera en cada parte el derecho al respeto de la promesa (“Recht auf Verlöbnistreue”), cuyo contenido consiste, en primer lugar, en la obligación de no obstaculizar la finalidad de la misma, esto es, el matrimonio, sin razón alguna. Sin embargo, hay que observar que, a efectos prácticos, la posición de este autor no varía de la sustentada por el anteriormente citado, ya que lo mismo da decir que la promesa genera la obligación positiva de contraer matrimonio, salvo que exista un motivo importante que autorice la ruptura, que afirmar que origina la obligación de no oponerse a la celebración del matrimonio, a no ser que dicha oposición quede justificada por la concurrencia de un motivo importante.

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, pp. 18-19, afirman que la promesa de matrimonio es un contrato y, como

negocio de Derecho de la persona,¹⁰ del que surge la obligación jurídica de contraer el matrimonio. Sin embargo, al ser dicha obligación de carácter personalísimo, no puede ser exigida coactivamente, de modo que su incumplimiento da lugar, exclusivamente, a una indemnización de daños y perjuicios en la medida prevista por la ley.

tal, está sujeto a las disposiciones generales que establece el "BGB" para los contratos y los negocios jurídicos, lo que, según los autores, es importante para decidir las cuestiones relativas a la capacidad de los promitentes y los vicios de su voluntad (véase a este respecto la nota 1, "in fine", de la p. 18). Los prometidos—observan los autores— se obligan a contraer matrimonio, aunque tal deber no es exigible mediante una acción judicial, como tampoco se puede asegurar su cumplimiento mediante una penal convencional, porque la conclusión del matrimonio ha de ser libre. Más adelante, en la p. 23, añaden que la ruptura (sin concurrir un motivo importante) de la promesa implica la violación de un deber, lo que determina la obligación de indemnizar.

En la doctrina reciente BRUDERMÜLLER, G.: "Einf v § 1297 BGB", en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª edición, Verlag C.H. Beck, 2002, pp. 1585-1586, afirma que la promesa es un contrato por el que dos personas de distinto sexo se prometen recíprocamente a contraer matrimonio el uno con el otro, precisando que de este contrato nace un obligación de contraer el futuro matrimonio ("Das Verlöbniß begründet die Verpfl zur Eheschliessung"), la cual, sin embargo, no se puede exigir de modo coactivo, ni directa, ni indirectamente ("die allerd weder direkt noch indirekt erzwingb ist"), lo que hace referencia, tanto a la inexigibilidad del cumplimiento de la promesa misma, como a la nulidad de los pactos que establecieran sanciones económicas para el supuesto de la no celebración del matrimonio.

En favor de la consideración del matrimonio como un contrato se pronuncian también, por ejemplo: BERGERFURTH, B.: *Das Eherecht*, 9ª edición, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1987, p. 23, HECKELMANN, D.: "Vor § 1297 'BGB'", en ERMAN: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H.P. WESTERMANN), 11ª edición, Aschendorff, Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, p. 3720, o ROSENTHAL, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 15ª edición por B. KAMNITZER y H. Bohnenberg, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965, pp. 1280-1281.

* Esta tesis fue, por ejemplo, defendida por OPET, O. y BLUME, W.: *Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1ª y 2ª Sección, *Bürgerliche Ehe. Verwandtschaft*, en AA.VV.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen*, Carl Heymanns Verlag, Berlín, 1906, pp. 6-8, que hablan de la promesa como un precontrato, un "pactum de matrimonio ineiundo", que origina una obligación de contraer un futuro matrimonio. Sin embargo, los autores, contra lo que es opinión común en la doctrina alemana, entienden que dicha obligación es meramente natural, explicando, así, el hecho de que no pueda exigirse su cumplimiento ante los Tribunales.

º Un amplio sector de la doctrina científica alemana mantiene la naturaleza negocial de la promesa, aunque sostiene que estamos ante un contrato o negocio, "sui generis", haciendo hincapié en las especialidades propias de la promesa en orden a evitar una aplicación indiscriminada de las normas generales del contrato, configurándola como un negocio de Derecho de familia.

En este sentido se pronuncia DENBURG, H.: *Das Familienrecht*, en H. DENBURG: *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, volumen 4º, 4ª edición, Halle a. S., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1908, pp. 24-25, quien afirma que se trata de un contrato de especial naturaleza ("ein Vertrag besonderer Art"), un contrato de Derecho de familia ("einen familienrechtlichen Vertrag"), al cual no son aplicables las normas de la parte general relativas al negocio jurídico, que están fundamentalmente pensadas para las relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Sostiene que la teoría de la promesa de matrimonio tiene que ser desarrollada partiendo de su propia naturaleza por la doctrina y la praxis. Más adelante, en la p. 29, afirma que corresponde a la naturaleza de la promesa que el promitente pueda romperla por motivos importantes sin responder por ello frente a la otra parte.

ENDEMANN, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerliches Gesetzbuchs*, volumen 2, *Sachenrecht. Familienrecht*, 6ª edición, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1900, p. 660, entiende también que la promesa es un específico contrato de Derecho de familia ("einen spezifisch familienrechtlichen Vertrag"), concretamente, un precontrato o negocio causal ligado al matrimonio, pero no un contrato en sentido obligatorio, ya que se excluye la posibilidad de compeler a la partes a su cumplimiento, dando lugar a una relación de Derecho de familia, cuyo contenido y finalidad es la preparación del vínculo matrimonial. El autor no duda, sin embargo, de la juridicidad de la obligación

A mi parecer, se incurre, así, en una curiosa paradoja, pues, con el fin de proteger la libertad nupcial, se estima que son nulas las penas convencionales accesorias que, indirectamente, podrían inducir a los prometidos a casarse; y, en cambio, se admite la validez de la promesa, esto es, del negocio jurídico principal, que, directamente, les obliga a celebrar el matrimonio, aunque, ciertamente, esta obligación se considere inexigible.

de casarse, afirmado en la p. 603 que la promesa da lugar a la obligación de contraer matrimonio, confirmada por la costumbre y el Derecho, aunque el "BGB" no admita la demanda encaminada a lograr su cumplimiento para evitar toda constricción sobre los prometidos en orden a su libre decisión de casarse.

Más matizada es la posición de DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 63, quien sostiene que el concepto de "contrato" que se emplea en la parte general del "BGB" comprende todos los acuerdos de voluntades dirigidos a producir efectos jurídicos en el campo del Derecho privado, entendiéndose que no cabe duda acerca de la inclusión de la promesa en dicho concepto, si bien ello lo entiende sin perjuicio de las propias peculiaridades de la promesa de matrimonio, las cuales derivan de su naturaleza de Derecho de familia: "freilig mit den durch ihre familienrechtliche Natur gebotenen Eigenheiten". Más, adelante, en la p. 65, expresa la idea de que la promesa genera una obligación de contraer matrimonio, si bien dicha obligación no se puede reclamar judicialmente, en aras de la libertad nupcial: "Das Eheversprechen begründet 'die Rechts zur Eheschließung'. Diese Rechtspflicht ist freilich nicht klagbar, und ihre Erfüllung kann auch nicht durch Vertragsstrafe gesichert werden; denn es ist ein sittliches Postulat, dass der Entschluss zur Eheschließung frei sei, § 1297 BGB: 'matrimonialia libera esse debent'".

Parecida es la posición mantenida por GOLDMANN, E., LILIENHAL, L., y STENBERG, L.: *op. cit.*, pp. 3-5, quienes afirman que la promesa es un contrato, al que, por ello, en principio, son aplicables las normas del "BGB" sobre el negocio jurídico. Sin embargo, dado que éstas esencialmente están pensadas para las relaciones jurídicas patrimoniales, entienden que, en definitiva, es preciso examinar cada una de ellas para decidir si son o no aplicables en atención a la propia naturaleza de la promesa de matrimonio, la cual se orienta al establecimiento de una relación jurídica de carácter familiar.

No obstante lo expuesto, hay que tener en cuenta que no todos los autores que califican la promesa de matrimonio como un contrato o negocio de Derecho de familia lo hacen con la finalidad de someterla a un régimen específico diverso del de los contratos, sino que, en ocasiones, con dicha expresión quieren significar que a través de ella se crea una relación jurídica familiar, idea esta de honda raigambre germana.

Es el caso de LEONHARD, F.: *Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen*, 2ª edición, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1926, p. 159, para quien la calificación de la promesa como "ein familienrechtlicher Vertrag", no es obstáculo para la aplicación de las reglas del negocio jurídico (cita, como ejemplo, los §§ 117, 119 y 278 del "BGB"), así como para la mayoría de las normas relativas al Derecho de obligaciones (cita, como ejemplo, los §§ 306 y ss. del "BGB"). En el mismo sentido: WOLF, B.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs*, en colaboración con C. NEUKIRCH, NOSENMEYER y H. TELGMANN (dirigido por B. WOLF), Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a S., 1908.

¹⁰ En este sentido, ya MITTEIS, H.: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3ª edición, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1931, p. 9, califica, así, a la promesa como un contrato de derecho de la persona ("ein Vertrag des Personenrechtes"), el cual origina propiamente una obligación de celebrar el matrimonio: "Aus der Verlobung entsteht eine Rechtspflicht zur Eihung der Ehe".

Más recientemente, BEITZKE, G.: *Familienrecht*, 25ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 25, afirma que la promesa de matrimonio es un contrato o negocio jurídico personalísimo, el cual se rige por principios propios. Dice, así: "Der Vertrag ist personenrechtlicher Natur und folgt eigenen Grundsätzen"; y, más adelante: "Es handelt sich um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft".

LANGE, H.: "Ad § 1297 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por TH. SOERGEL y continuado por W. SIEBERT), volumen 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588), VAHRG; *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988, pp. 28-29, habla también de la promesa como un contrato personalísimo, al que, en principio, considera aplicables las disposiciones de la Parte General, remarcando, sin embargo, que presenta especialidades respecto de los habituales contratos de Derecho de obligaciones, que han de ser tenidas en cuenta.

B) Crítica de la teoría contractual

La tesis contractual ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la moderna doctrina científica alemana.¹¹

La crítica se basa en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, se replica que, según el § 1298, I del "BGB", la legitimación para ejercitar la acción de resarcimiento de ciertos daños producidos por el incumplimiento de la promesa (gastos hechos o las obligaciones contraídas en atención al matrimonio) no sólo corresponde a los prometidos, sino también a terceros que no son parte del pretendido contrato (padres u otras personas que hayan actuado en su lugar).¹²

b) En segundo lugar, se observa que la ruptura de la promesa puede dar lugar, exclusivamente, a la obligación de resarcir el interés negativo o de la confianza, esto es, los daños derivados de la inutilidad de los gastos, obligaciones y disposiciones patrimoniales adoptadas en consideración al matrimonio proyectado; pero no a la de reparar el interés positivo o al cumplimiento de la promesa, como, en cambio, sucedería, si ésta fuera un auténtico contrato, en cuyo caso, el resarcimiento debiera comprender la pérdida de los beneficios que el novio perjudicado por la ruptura hubiera obtenido de haberse casado.¹³

c) En tercer lugar, se constata que la promesa puede ser rota en todo momento por cualquiera de los prometidos, de manera que el cumplimiento de la obligación de contraer matrimonio se deja al puro arbitrio de los prometidos, sujetándose su eficacia a una condición resolutoria puramente potestativa, lo que va en contra de la esencia misma de la "obligación", esto es, su carácter vinculante.¹⁴

¹¹ Concretamente por CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 2-9, quien se ha ocupado extensamente de la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio.

¹² Cfr., en este sentido: CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 3, quien afirma que, en línea de principio, sólo tienen derecho a recibir indemnizaciones por razón de un contrato las partes que lo celebran: "Ansprüche auf Grund eines Vertrages aber haben grundsätzlich nur die Vertragspartner".

¹³ Cfr., en este sentido: CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 3-4, GIESEN, D.: , D.: *Familienrecht*, 2ª edición, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 51-52, HENRICH, D.: *Familienrecht*, 5ª edición, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1995, p. 24.

¹⁴ Cfr., en este sentido: CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 4-5. Entiende el autor que esta circunstancia es incompatible con la naturaleza de una obligación, ya que le faltaría su característica decisiva, esto es, la obligatoriedad, pues el principio "*pacta sunt servanda*" no es un principio que pueda ser renunciado en casos particulares: "Diese Annahme aber ist mit dem Wesen einer Rechtspflicht unvereinbar: es würde ihr das entscheidende Charakteristikum, die 'Verbindlichkeit' fehlen".

C) La teoría del hecho jurídico ("*Tatsächlichkeitstheorie*")

A mi entender, en orden a la crítica de la teoría contractual, adquiere mayor relevancia el argumento de que la libertad nupcial impide asumir mediante un negocio jurídico la obligación de contraer futuro matrimonio, al ser aquella un principio de orden público que no puede ser derogado por actos de autonomía privada.

Por ello, parece preferible la teoría que niega que la promesa de matrimonio sea un contrato, viendo en ella un mero hecho,¹⁵ al que, en unión con otras

¹⁵ La teoría de la promesa de matrimonio como hecho jurídico tuvo importantes defensores entre los autores que escribieron después de la promulgación del "BGB", los cuales apoyaban su postura, fundamentalmente, en la consideración de que la libertad que debía regir la celebración del matrimonio hacía imposible asumir jurídicamente una obligación de casarse en un futuro.

Así, LANDSBERG, E.: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896. Ein Dogmatisches Lehrbuch*, volumen 1º, 2ª edición, F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904, pp. 831-833, afirma que la libertad nupcial no puede ser constreñida a través de condiciones legales o mediante la imposición de obligaciones a los prometidos. Añade que la promesa no origina la obligación de casarse, ya que una consecuencia de este tipo sería inaceptable, más incluso desde la perspectiva del Derecho, que desde lo que es la esencia del matrimonio: "Eine solche, rechtliche, Verehelichungspflicht verwirft vielmehr unser Recht, als dem Wesen der Ehe widerstrebend". Considera, entonces, que la promesa es un hecho jurídico de especial naturaleza, que sólo es tomado en consideración cuando concurre en unión de otros hechos, dando lugar a un "Tatsachenkomplex", que produce consecuencias ocasionales [se está refiriendo lógicamente a los presupuestos exigidos por el § 1298 del "BGB" para que tenga lugar la indemnización de los daños ocasionados por la ruptura]. Por ello, afirma que la celebración de la promesa no es la conclusión de un contrato, ya que la promesa no es un negocio jurídico: "das Verlöbniß selbst nicht einmal Rechtsgeschäft". Más adelante, apoya su tesis con el argumento de que, si la promesa fuera un contrato, en caso de ruptura culpable de la misma, se prevería la indemnización del interés positivo, en vez de la reparación del interés negativo, que es lo que hace la legislación alemana.

MATTHIAS, B.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, volumen 2º, *Das Sachenrecht, das Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Das Familienrecht und das Erbrecht*, 4ª edición, Verlag von D. Häring, Berlin, 1900, p. 226, habla de la promesa de matrimonio, como un hecho o acto de voluntad preparatorio del matrimonio ("eines die Ehe vorbereitenden tatsächlichen Willensaktes"). Al referirse a la posibilidad de ruptura de la promesa en caso de concurrir un motivo importante, observa que, si bien el § 1298 del "BGB" habla de desistimiento ("Rücktritt"), al no ser la promesa ni un negocio jurídico, ni un contrato, no puede hablarse propiamente de desistimiento de un negocio; sin perjuicio de que, al ser ambos (la promesa y el desistimiento) actos de voluntad, puedan aplicárseles las normas de las declaraciones de voluntad de los negocios jurídicos. El autor, no obstante, en la nota 2 de la página citada se refiere a la opinión de quienes consideran que la promesa es un contrato, afirmando que, en ningún caso, dicha opinión puede llevar a considerar que la ruptura de la promesa dé lugar a otras pretensiones indemnizatorias distintas de la específicamente prevista por la ley. Descarta, en particular, la posibilidad de aplicar el § 122 del "BGB".

Otros autores, además de negar el carácter contractual de la promesa y calificarla como un hecho jurídico, precisaron cuál era, a su juicio, el fundamento de la obligación resarcitoria prevista en el 1298 del "BGB".

JACOBI, L.: *Das persönliche Eherecht*, en L. JACOBI: *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen*, F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896, pp. 15-16, observa que, cuando en el "BGB" se habla de desistimiento de la promesa de matrimonio, el término "Rücktritt" se utiliza en sentido vulgar, y no técnico, porque la promesa no es un contrato que origine una obligación que deba ser cumplida, apoyando esta opinión en el hecho de que su falta de cumplimiento no da lugar a la indemnización del interés positivo, así como, fundamentalmente, en la libertad que debe presidir la determinación de las partes al contraer matrimonio. Dice, así, que quien se precipitó o se equivocó

circunstancias (ruptura, sin concurrir un motivo importante), la ley asigna unos efectos (indemnización del interés negativo o interés de la confianza), que no son los queridos por los novios al tiempo de prometerse: lo querido y prometido por ellos es sólo el futuro matrimonio, cuya celebración no puede reclamarse judicialmente; y, de ahí, que la promesa no pueda considerarse un negocio jurídico.¹⁶

El fundamento de la obligación de indemnizar el interés negativo se sitúa entonces en la necesidad de tutelar la confianza que legítimamente suscitó el hecho

al tiempo de prometerse, no sólo está autorizado, sino que está obligado a no casarse, pues carecería de sentido e iría contra el interés público la imposición de un matrimonio infeliz, por el mero hecho de que quien una vez ha dicho "A" deba decir "B". Para el autor, las pretensiones indemnizatorias que surgen de los §§ 1298 y 1299 del "BGB" no son indemnizaciones "ex pacto", sino que se basan en el principio de que quien ha provocado que otro adopte medidas costosas tiene que soportar las consecuencias, en el caso de que, por su culpa, su finalidad resulte frustrada, hablando concretamente de "culpa in contrahendo".

HELLMANN: "Das Verlöbniß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche", Deutsche Juristen-Zeitung", 1901, p. 220, atribuye a la responsabilidad prevista en los §§ 1298 y 1299 del "BGB", un carácter delictual, considerando que los preceptos son leyes de protección ("Schutzgesetze") en el sentido del § 823, II del "BGB". Se protege aquí el interés que tiene el prometido a no ser engañado respecto a la espera, en él suscitada, a la celebración del matrimonio. Afirma que, según esta concepción, la ruptura de la promesa no supone violación de una obligación jurídica, sino de una ley de protección que tutela intereses dignos de protección.

¹⁶ Este argumento ha hecho que un importante sector de la doctrina científica alemana se aparte de la teoría del contrato.

GIESEN, D.: *op. cit.*, pp. 50-51, argumenta, así, en contra de la teoría contractualista que un contrato supone el intercambio de dos declaraciones de voluntad, las cuales producen efectos jurídicos en la medida en que éstos son queridos por las partes, observando que lo querido por los prometidos es la celebración del futuro matrimonio, lo que no constituye una obligación exigible jurídicamente y, además, que la ruptura de la promesa no da lugar, como sucede en un contrato, a la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de la hipotética obligación, sino, simplemente, a la indemnización, por obra de la ley, del interés negativo, esto es, a la reparación de los daños derivados de la ruptura de la confianza "Vertrauensschaden": "Sieht man hingegen als Rechtsfolge eines Verlöbnißvertrags nur die Ersatzpflichten aus §§ 1298 ff. BGB an, so treten diese wiederum nicht als gewollt, sondern allein kraft Gesetzes ein".

HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 24, constata igualmente que las consecuencias legales de la ruptura de la promesa se producen con independencia de si son, o no, queridas por las partes; y lo querido y prometido por ellas es sólo el futuro matrimonio, cuya celebración no puede reclamarse judicialmente: "Diese Rechtsfolgen treten aber unabhängig davon ein, ob sie gewollt waren oder nicht. Gewollt und versprochen wird nur die künftige Eheschließung. Auf sie kann aber nicht geklagt werden". El autor asume, además, expresamente, la teoría de la confianza, acudiendo a la idea de "culpa in contrahendo", para explicar la obligación resarcitoria del promitente que rompe la promesa de matrimonio. Afirma, así, que, tanto la "culpa in contrahendo", como el supuesto contemplado en el § 1298 del "BGB", giran en torno a la idea de confianza en la celebración de un contrato; confianza en que los prometidos contraerán matrimonio –continúa el autor– se hacen gastos, se contraen obligaciones y se adoptan medidas; si se defrauda esta confianza, ha de indemnizarse el interés negativo: "Wird diese Erwartung enttäuschen, ist das negative Interesse zu ersetzen".

SCHWAB, D.: *Familienrecht*, 12ª edición, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 23, observa que en las actuales circunstancias el compromiso de querer contraer matrimonio el uno con el otro no origina ninguna obligación jurídica de contraerlo y que en la promesa de matrimonio no hay dos declaraciones de voluntad en sentido estricto, porque este tipo de declaraciones producen efectos jurídicos en la medida en que sean queridas por las partes: "Es handelt sich daher nicht um Willenserklärungen im strengen Sinn, da die daraus entspringenden echtswirkungen (etwa der Vertrauensschutz oder das Zeugnisverweigerungsrecht) ohne Rücksicht darauf eintreten, ob sie gewollt sind".

de la promesa en la celebración de un futuro matrimonio,¹⁷ en consideración al cual se realizaron gastos o se contrajeron obligaciones, a los que la ruptura priva de toda utilidad.¹⁸

¹⁷ Según afirma JACOBI, L.: *op. cit.*, p. 16, quien ha provocado que otro adopte medidas costosas tiene que soportar las consecuencias, en el caso de que, por su culpa, su finalidad resulte frustrada.

¹⁸ En este sentido, se pronuncia CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 9-12, el cual trata de buscar una posición intermedia entre la teoría del contrato y la del hecho jurídico, teoría, ésta última, de la que intenta alejarse, por identificarla con una explicación del § 1298 del "BGB" en clave de ilícito civil, lo que, a su juicio, es inaceptable, ya que, si no existe la obligación de contraer matrimonio, la negativa a celebrarlo no puede nunca considerarse antijurídica.

Esta crítica no parece muy fundada, si se tiene en cuenta que la ilicitud, en ningún caso, radicaría en la ruptura, en sí misma considerada, sino en el hecho de haberse suscitado la confianza razonable en la celebración del matrimonio, para después defraudarla, mediante la ruptura de la promesa, por parte de quien la hizo, sin concurrir un motivo importante para ello. Es algo semejante a lo que sucede en el ámbito del Derecho de la contratación respecto de los tratos preliminares: estos no obligan a quienes lo realizan, quienes tienen siempre libertad para apartarse de una negociación comenzada; ahora bien, si esta ruptura es arbitraria o contraria a la buena fe, es decir, ilícita, quien la realiza debe indemnizar el interés contractual negativo al perjudicado por aquélla.

Además, hay que tener en cuenta que ni LANDSBERG, ni MATTHIAS, al menos en las ediciones que he tenido ocasión de consultar, en ningún momento emplean la noción de ilícito civil para explicar el fundamento de la pretensión resarcitoria reconocida en el § 1298 del "BGB", como tampoco JACOBI dándose, además, la circunstancia de que este autor acude, incluso, con tal fin, a la idea de "culpa in contrahendo", en la que, precisamente, si bien con matizaciones, encuentra CANARIS la explicación del precepto. Por otro lado, la explicación de HELLMANN, que sí entiende el § 1298 del "BGB" en clave de responsabilidad civil extracontractual, considerándolo como una ley de protección en el sentido del § 823, II, "in fine" del "BGB", ve el fundamento de la norma, no en el incumplimiento de una obligación de casarse (que el autor niega que exista), sino en la protección del interés del prometido a no ser engañado respecto a la espera, en él suscitada, en la celebración del matrimonio, con lo que se evidencian los puntos de conexión con la tesis de CANARIS, de responsabilidad por confianza ("Vertrauenshaftung").

En realidad, la crítica del autor no se entiende, si no se tiene en cuenta que es opinión común de la doctrina alemana que la "culpa in contrahendo" da lugar a una clase de responsabilidad distinta de la contractual y la extracontractual, posiblemente por faltar en el "BGB" una norma general de responsabilidad civil semejante a la contenida en el artículo 1902 del Código civil español.

El § 823 del "BGB", en efecto, en su párrafo primero, afirma que está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado, de forma antijurídica, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno; y, en su párrafo segundo, añade que queda también sujeto a responsabilidad quien, en las mismas condiciones, haya causado un daño a otro, violando una ley de protección. Por lo tanto, no cabe la reparación de los daños causados en intereses que no sean objeto de una protección legal específica.

Dado que en el "BGB" no existe una norma general que obligue a las partes a comportarse de buena fe en el período previo a la celebración del contrato, la doctrina alemana, con el fin de asegurar dicha reparación en los casos de "culpa in contrahendo" no contemplados expresamente en el Código (el caso de la ruptura arbitraria de los tratos preliminares es paradigmático), sostiene la existencia de una obligación legal, de origen consuetudinario, que no tiene carácter contractual, porque surge en el momento mismo en que dos personas se ponen en contacto con el fin de celebrar un negocio jurídico, la cual consiste en el deber de comportarse de buena fe en la preparación de aquél, con el fin de no defraudar la confianza que su comportamiento haya suscitado en la parte contraria. Es la vulneración de esta obligación legal lo que determinaría el resarcimiento del interés contractual negativo. La "culpa in contrahendo", como categoría general, se aleja, así, del campo de la responsabilidad extracontractual, aunque sin identificarse con la contractual, por más que se defienda la aplicación de alguna de sus normas (se excluye señaladamente la que contempla el resarcimiento del interés contractual positivo o interés al cumplimiento).

CANARIS no hace otra cosa que aplicar estas mismas ideas al ámbito de la promesa de matrimonio, considerando que los novios, al prometerse, crean una relación jurídica de carácter legal preparatoria del matrimonio, que les obliga a comportarse de buena fe para no defraudar la confianza que se ha

La obligación resarcitoria se considera, así, como una consecuencia de la “culpa in contrahendo”¹⁹ en la que incurre quien se comporta negligentemente en el período previo a la conclusión del matrimonio proyectado, suscitando primero, con su promesa, una confianza razonable en que aquél se llevaría a cabo, para después defraudar dicha confianza, rompiendo su promesa sin un motivo importante, con el consiguiente perjuicio patrimonial de quien actuó de buena fe, creyendo en su cumplimiento.²⁰

La tesis del hecho jurídico tiene como consecuencia práctica la no aplicación de las normas del negocio jurídico en materia de capacidad de obrar y de protección del consentimiento.

Lo primero significa que es posible que el prometido menor de edad, cuya confianza en la celebración del matrimonio quede defraudada, pueda ejercitar la pretensión de reparación prevista en el § 1298 del “BGB”.²¹

Lo segundo lleva a la imposibilidad de que quien es demandado en virtud de dicho precepto pueda exonerarse de responsabilidad, alegando haber incurrido en reserva mental al hacer la promesa, ya que esta circunstancia no excluye la confianza que aquélla haya podido suscitar en el otro prometido, cuya protección no tiene por qué quedar excluida.²²

creado en la celebración de aquél. De ahí que denomine a su construcción, indistintamente, como “Vertrauenshaftungstheorie” o “Theorie des ‘gesetzliches’ Rechtsverhältnisses”. Afirma, así, que el prometido abandonado debe ser indemnizado en la medida en que hubiera confiado razonablemente en la celebración del matrimonio: “der verlassene Teil soll geschützt werden, weil und soweit er in berechtigter Weise auf den Abschluss der Ehe vertraut hat”. No obstante, considera que el supuesto de ruptura de la promesa no es exactamente un caso de “culpa in contrahendo”, por entender que esta institución es exclusiva del ámbito del Derecho contractual; por ello, concluye afirmando que no estamos ante un supuesto de responsabilidad por culpa (“Verschuldenshaftung”), sino ante un supuesto de responsabilidad por garantía (“Garantiehftung”) subsumiendo ambas en el concepto más amplio de la responsabilidad por confianza (“Vertrauenshaftung”).

No puede dejar de destacarse que, aunque la posición del autor permite una construcción unitaria de la “culpa in contrahendo”, considerada ésta como la infracción de una obligación legal de comportarse de buena fe en la preparación de todo tipo de negocios jurídicos, sin embargo, a nivel práctico, en el concreto ámbito de la promesa de matrimonio, esta elaborada construcción doctrinal resulta innecesaria, ya que en el Derecho alemán la reparación de los daños derivados de la ruptura culpable de la promesa, a diferencia de lo que sucede en el caso de la ruptura arbitraria de los tratos preliminares, ya está expresamente contemplada por un precepto específico, el § 1298 del “BGB”.

¹⁹ JACOBI, L.: *op. cit.*, p. 16, y HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 24, hablan expresamente de “culpa in contrahendo” para explicar el fundamento de la obligación de resarcimiento prevista en los §§ 1298 y 1299 del “BGB”.

²⁰ CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 12, prefiere hablar, para explicar los efectos de la ruptura de promesa, más de responsabilidad por confianza que de “culpa in contrahendo”, aunque considerando ésta una especie de aquélla.

²¹ Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 18.

²² Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 21.

Además, en orden a excluir pretensiones de reparación injustas, el recurso a la simulación, además de ser improcedente, es innecesario, ya que si los novios no tenían ninguna intención de casarse, la promesa no pudo generar en ellos ninguna confianza legítima en que se cumpliría, por lo que nada puede reclamarse por esta causa;²³ y tampoco es preciso acudir a la disciplina del error, del dolo o de la intimidación, ya que, de haberse dado éstos al tiempo de hacerse la promesa, concurrirá un motivo importante para la ruptura, por lo que aquél que los haya padecido podrá negarse a casarse, sin tener que satisfacer ninguna indemnización por ello.²⁴

3. El criterio de imputación de responsabilidad.

El § 1298, III del "BGB" afirma que la obligación de reparar no procede cuando la ruptura tiene lugar en virtud de un motivo importante ("wichtiger Grund"), de lo que se deduce la obligación de resarcimiento en el caso contrario.²⁵

La doctrina científica alemana²⁶ aprecia la importancia del motivo para la ruptura en sentido objetivo,²⁷ proponiendo, tanto la jurisprudencia²⁸ como el

²³ Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 21.

HELLMANN: *loc. cit.*, p. 221, afirma que si las declaraciones son hechas con falta de seriedad o son simuladas, la costumbre impide que pueda hablarse de una promesa.

²⁴ Cfr., en este sentido, CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, p. 21, así como HELLMANN: *loc. cit.*, p. 221.

²⁵ Según KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 27, el § 1298 del "BGB" no excluye la posibilidad de aplicar las normas de responsabilidad civil por hecho ilícito, cuando se den los presupuestos legales, por ejemplo, si la promesa se contrajo por engaño o coacción (§ 823, II del "BGB") o si uno de los novios ha causado un daño al otro o a sus padres intencionadamente, actuando en contra de las buenas costumbres (§ 826 del "BGB"). Observan que en estos casos no entra en juego la limitación prevista en el § 1298 del "BGB", en orden a excluir la indemnización de los gastos que no sean proporcionados a las circunstancias. Ponen el siguiente ejemplo: si el novio tiene intención de romper inmediatamente su compromiso y, a pesar de ello, induce a la novia o a sus padres a realizar grandes gastos, debe resarcir estos totalmente.

En la moderna doctrina científica se admite de manera indubitada la posible concurrencia del § 1298 del "BGB" con los §§ 823 y ss. del "BGB". Cfr., en este sentido, por todos: WACKE, A.: "Ad § 1298 BGB", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, volumen 7, *Familienrecht I* §§ 1297-1588, VAHRG. VAÜG. *Hausrats V*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, p. 95.

²⁶ CANARIS, C.W.: *loc. cit.*, pp. 28-29, sostiene una posición aislada, consistente en proponer apreciar la importancia del motivo, no con un criterio objetivo, sino subjetivo o individualista. Dice, así, que, ante todo, tienen que ser consideradas las concepciones –siempre que sean conocidas– de quien rompe la promesa. Afirma que una circunstancia que objetivamente carece de importancia (por ejemplo, una leve enfermedad de la novia) puede autorizar la ruptura, si el que la hace hubiera manifestado claramente que su existencia le disuadiría de celebrar el matrimonio.

²⁷ La apreciación objetiva del motivo de la ruptura aparece confirmada por la generalidad de los autores. Para BEITZKE, *op. cit.*, p. 29, es motivo importante para la ruptura todo aquél que conocidamente haría irrazonable el matrimonio, refiriéndose, en particular, a la infidelidad y a las enfermedades graves: "Wichtiger Grund ist jeder, der die Eheschliessung erkennbar unzumutbar macht".

Op. cit., p. 26, constata que no puede ser considerada una razón importante para la ruptura el convencimiento de que la convivencia matrimonial no será feliz, citando, como ejemplos de que sí lo será, la infidelidad, los malos tratos, las ofensas (incluidas las que se dirijan a familiares), las enfermedades graves y los defectos de carácter, también graves.

SCHWAB, D.: *op. cit.*, pp. 25 y 26, observa igualmente que no basta para excluir la obligación resarci-

común de los autores,²⁹ un criterio sociológico, que tiene en cuenta los valores generalmente admitidos en el círculo social de los prometidos.³⁰

tatoria un mero cambio de actitud subjetiva de uno de los prometidos respecto del otro; sí, en cambio, la infidelidad, las enfermedades cuya existencia son relevantes para la celebración del matrimonio o el conocimiento de cualidades ignoradas al tiempo de realizarse la promesa.

²⁸ Cfr., en este sentido, Berlin 24 enero 1907 (JW 1907, p. 178), sentencia esta en la que se afirma que, a efectos de determinar la importancia del motivo, deben ser considerados aquellos hechos que en la concepción dominante en la esfera social de los prometidos ("nach der in den Gesellschaftskreisen des Verlobten herrschenden Auffassung"), en un juicio objetivo fundado en las circunstancias del caso particular, hubieran sido adecuados para disuadir al que rompe la promesa de cumplirla.

²⁹ Ya DENBURG, H.: *op. cit.*, pp. 29-30, afirma que la importancia del motivo de la ruptura debe apreciarse teniendo en cuenta, especialmente, las concepciones del negocio en la clase social a la que pertenecen los prometidos. Dice que el conocimiento de la vida anterior del prometido puede ser una causa de ruptura, por ejemplo, si había sido condenado a una pena, ya cumplida, que tuviera un carácter deshonoroso, si se desconocía un anterior embarazo de la novia o sus relaciones sexuales con un tercero. Observa, además, que tienen igual importancia en orden a la ruptura el error sobre el estado físico o psíquico del novio al tiempo de hacerse la promesa, por ejemplo, que sufría una enfermedad grave o hereditaria. También —añade— el error sobre las circunstancias económicas de la otra parte pueden ser un motivo importante para la ruptura de la promesa, ante todo si faltan los medios indispensables para establecer las condiciones ordinarias para que el matrimonio pueda desarrollarse. Afirma, por último, que también circunstancias sobrevenidas pueden autorizar la ruptura, citando el caso de la bancarrota del prometido, acaecida durante el período de noviazgo.

³⁰ En favor de apreciar la importancia de la razón para la ruptura de la promesa desde el punto de vista de lo que es razonable desde la perspectiva de las concepciones dominantes en la esfera social de los prometidos se pronuncian: HECKELMANN, D.: "Ad § 1298 BGB", en ERMAN: *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por H.P. WESTERMANN), 11ª edición, Aschendorff, Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, p. 3723, KIPP, T. Y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 124, LANGE, H.: "Ad § 1298 BGB", en *Bürgerliches Gesetzbuch* (dirigido por TH. SOERGEL y continuado por W. SIEBERT), volumen 7, *Familienrecht I* (§§ 1297-1588), VAHRG; *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin. Köln, Mainz, 1988, p. 34, LEHMANN, H.: *Deutsches Familienrecht*, 4ª edición por D. HENRICH, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967, p. 31, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1283, SCHMIDT, R.: *Bürgerliches Recht*, volumen 4º, *Das Familienrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957, p.18, y SIEBERT y VOGEL, *Familienrecht*, 2ª edición, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Köln, 1954, p. 5.

Junto a este criterio mayoritario, de valoración sociológico, otro sector minoritario de la doctrina científica ha ofrecido un criterio de valoración abstracto, que tiene en cuenta lo que es conforme a la naturaleza del matrimonio.

DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 74, afirma, así, que existe una razón importante para la ruptura cuando concurren circunstancias serias contra el matrimonio, las cuales no hacen razonable respetar el compromiso, desde la perspectiva de un razonable juicio de la esencia del matrimonio ("bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe"). Cita como motivos importantes para la ruptura la infidelidad, así como otras causas en las que concurre culpa del otro prometido, como los malos tratos, las ofensas y la falta de afectividad; así mismo, se refiere a otros motivos independientes de toda idea de culpa, como, por ejemplo, una enfermedad grave, si no es previsible que sane pronto.

MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 11, considera que es un motivo importante para la ruptura aquél que objetivamente hace irrazonable la persistencia del noviazgo y la celebración del matrimonio: "Wichtig ist jeder Grund, der einem der verlobten des Verharren im Brautstande und die spätere Eheschließung objektiv unzumutbar macht". Se refiere el autor, a título de ejemplo, a la infidelidad, a las faltas o delitos cometidos contra los familiares, a la ruina económica y a las enfermedades graves. Observa el autor que no puede considerarse una razón importante para la ruptura el hecho de que se haya llegado al convencimiento de que el matrimonio no será feliz, ya que dicha circunstancia será importante desde un punto de vista moral, pero no en el sentido al que se refiere el § 1298 del "BGB".

A mi parecer, es preferible el criterio sociológico defendido por la mayoría de la doctrina científica alemana, ya que éste tiene la flexibilidad necesaria para poder justificar la ruptura por motivos que quizás no sean relevantes en el común sentir social, pero que no pueden ser considerados puramente subjetivos: sería, por ejemplo, el error sobre las creencias del prometido, entre personas de sólidas creencias religiosas, o sobre su castidad, entre personas de cultura musulmana.

En este sentido se afirma que son motivos importantes para romper la promesa aquellos hechos que hacen irrazonable celebrar el matrimonio, en atención a los valores dominantes en la esfera social a la que pertenece el novio que la realiza.³¹

Pueden ser causas basadas en el comportamiento culpable del otro promitente³² o ajenas a toda idea de culpa.³³ Por ejemplo, la infidelidad, los malos tratos, las ofensas a los familiares, las enfermedades graves, la ruina económica y los graves defectos de carácter.³⁴

4. Legitimación y plazo de ejercicio de la acción

En el Derecho alemán se admite una legitimación amplia para ejercitar la acción de resarcimiento.

a) El § 1298, I del "BGB" reconoce la facultad de exigir la reparación de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio, no sólo al prometido perjudicado por la ruptura, esto es, a quien es abandonado o rompe la promesa en virtud de un comportamiento culpable del otro,³⁵ sino también a sus padres o terceras personas que hayan actuado en lugar de ellos (curador,³⁶ abuelo,³⁷ otros familiares³⁸ e, incluso, amigos³⁹).

³¹ Cfr., en este sentido: LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31.

³² Si lo son, ¿qué efectos tiene el perdón, por ejemplo, de la infidelidad?

Para KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24, nota 8, el perdón no enerva el carácter importante que para la ruptura pueda tener una causa basada en la culpa del otro promitente, pero priva de la posibilidad de pedir la indemnización de los daños provocados por la ruptura.

³³ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24.

³⁴ Cfr., en este sentido: LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, quien se refiere a la infidelidad, malos tratos, ofensas a los familiares, enfermedades graves, ruina y los graves defectos de carácter.

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24, entienden que puede ser causa para la ruptura las circunstancias que, aunque conocidas por quien rompe, sopesándolas después, puedan dar a lugar a considerar que constituyen una grave amenaza para la felicidad conyugal, por ejemplo, el hecho de que el otro promitente padezca una enfermedad grave sin posibilidad de curación.

³⁵ Esto último, en virtud del § 1299 del "BGB", según el cual, si un prometido, por su culpa, da a otro un motivo importante para la ruptura, queda obligado a la indemnización prevista en el § 1298, I y II del "BGB".

³⁶ Cfr., en este sentido: BERGERFURTH, B.: *op. cit.*, p. 30; DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 76, GIESEN, D.: *op. cit.*, p. 56, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1282.

³⁷ Cfr., en este sentido: DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 76, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25.

³⁸ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 10, GIESEN, D.: *op. cit.*, p. 56, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, SCHMIDT, R.: *op. cit.*, p. 18.

³⁹ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 10, GIESEN, D.: *op. cit.*, p. 56, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 24, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11.

b) En cambio, respecto de otro tipo de daños, el precepto fija una legitimación más restringida, disponiendo que sólo el prometido perjudicado puede ser indemnizado por los daños derivados de la adopción de otras medidas (en vistas al matrimonio), concernientes a los propios bienes o a una situación adquirida (por ejemplo, abandono de un puesto de trabajo).

En cualquier caso, el párrafo segundo § 1298 del "BGB" prevé un límite cuantitativo de la reparación, estableciendo que los daños que deben resarcirse han de ser razonables en atención a las circunstancias.⁴⁰

La acción de resarcimiento está sujeta a un plazo de 2 años, a contar desde la ruptura de la promesa (§ 1302 del "BGB").

5. Daños resarcibles

La doctrina científica alemana observa que lo que se indemniza no es el interés positivo o interés al cumplimiento,⁴¹ sino el interés negativo o interés de la confianza.⁴²

Se excluye, sin embargo, la reparación del daño consistente en la pérdida de la ocasión de casarse, aunque, por la promesa no cumplida, se hubiera rechazado otra propuesta seria de matrimonio.⁴³

Actualmente, el Derecho alemán sólo contempla el resarcimiento de daños patrimoniales.⁴⁴

⁴⁰ CROME, C.: *op. cit.*, p. 200, nota 32, observa que la proporcionalidad deberá examinarse en atención a las circunstancias sociales y económicas de los interesados.

KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, aponen como ejemplo de gastos desproporcionados el caso en que se obsequiera a los invitados con alimentos o bebidas excesivamente costosos (caviar, ostras y champagne francés).

⁴¹ Se excluye, pues, como expone CROME, C.: *op. cit.*, p. 199, nota 26, la indemnización de las ventajas que se hubiesen obtenido con la celebración del matrimonio prometido.

⁴² Cfr., en este sentido, por todos: LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Cfr., en este sentido: COSACK, K.: *op. cit.*, p. 468, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, nota 16.

⁴⁴ La exclusión del resarcimiento de los daños morales fue sustentada por la doctrina alemana, con base en el § 1298 del "BGB", desde el primer momento.

Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 30, así como COSACK, K.: *op. cit.*, p. 468, ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 610, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, y OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, que excluyen de la regla general de la no reparación de los daños morales el caso de desfloramiento de la novia, contemplado en el hoy derogado § 1300 del "BGB".

En él se reconocía a la novia que hubiera consentido en mantener relaciones sexuales con su novio y que hubiera sido abandonada por éste, sin concurrir un motivo importante para ello, el derecho a pedir una reparación equitativa por el daño moral sufrido.

Respecto de la aplicación de este precepto, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1284, decía que la indemnización se subordinaba a la mera existencia de relaciones sexuales, sin que fuera exigible el embarazo de la prometida.

A) Gastos hechos y obligaciones resarcibles

Como hemos visto, tanto el prometido perjudicado, como sus padres o terceras personas que hayan actuado en su lugar, tienen derecho a la indemnización de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio.

Entre dichos gastos se sitúan los derivados de los siguientes conceptos: adquisición del vestido de novia,⁴⁵ banquete de bodas⁴⁶ o del dado por los padres para celebrar el compromiso,⁴⁷ impresión de trajetas de boda,⁴⁸ traslado de domicilio⁴⁹ o desplazamiento al lugar de celebración de la boda,⁵⁰ compra de enseres domésticos⁵¹ o viaje de novios.⁵²

Entre las obligaciones contraídas se citan las que resultan de tomar dinero a préstamo⁵³ o de alquilar un piso, donde los prometidos se proponían fijar el domicilio conyugal.⁵⁴

B) Medidas concernientes al propio patrimonio o a una situación adquirida

El prometido abandonado tiene además derecho al resarcimiento de otros daños provocados por ciertas medidas adoptadas en consideración

⁴⁵ Cfr., en este sentido: BEITZKE, G.: *op. cit.*, p. 30, BERGER, Chr.: "Ad §§ 1297 y 1298 BGB", en JAUERNIG, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10ª edición, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 1342, BERGERFURTH, B.: *op. cit.*, p. 30, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, GERNHUBER, J. y COESTER-WALTJEN, D.: *Lehrbuch des Familienrechts*, 4ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, p. 79, GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, *op. cit.*, p. 12, nota 14, HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 26, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LÜDERITZ, A.: *Familienrecht*, 27ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, p. 48, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁴⁶ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 11, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1282.

⁴⁷ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, MATTHIAß, B.: *op. cit.*, p. 227.

⁴⁸ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ Cfr., en este sentido: DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 77, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰ ENDEMANN, F.: *op. cit.*, p. 609, nota 10.

⁵¹ Cfr., en este sentido: GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, L.: *op. cit.*, p. 12, nota 14, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁵² Cfr., en este sentido: BERGER, Chr.: *loc. cit.*, p. 1342, BERGERFURTH, B.: *op. cit.*, p. 30, SCHWAB, D.: *op. cit.*, p. 26.

⁵³ Cfr., en este sentido: LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37.

⁵⁴ Cfr., en este sentido: BERGER, Chr.: *loc. cit.*, p. 1340, CROME, C.: *op. cit.*, p. 199, nota 29, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 77, LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37, GRABA, H.U.: *Handbuch der Rechtspraxis*, volumen 5º, *Familienrecht*, 1ª parte, *Familiensachen*, 5ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, p. 15, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LÜDERITZ, A.: *op. cit.*, p. 48, MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 12, ROSENTHAL, H.: *op. cit.*, p. 1282, SCHWAB, D.: *op. cit.*, p. 26, SIEBERT y VOGEL, *op. cit.*, p. 6, STRÄTZ, H.W.: "Ad § 1298 BGB", en STAUDINGERS, J. Von: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, volumen 4º, *Familienrecht, Einleitung zu §§ 1297 ff, §§ 1297-1302, Nichteheliche Lebensgemeinschaft (Anhang zu §§ 1297 ff; §§ 1303-1362*, 13ª edición, Sellier y de Gruyter, Berlin, 2000, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

al matrimonio, concernientes al propio patrimonio o a una situación adquirida.⁵⁵

Así, se considera que debe indemnizarse la renuncia a una casa,⁵⁶ la ruptura de una relación de negocios,⁵⁷ la pérdida de un puesto de trabajo⁵⁸ o el abandono de una profesión.⁵⁹

6. Restitución de regalos

Por último, el § 1301 del "BGB" regula la devolución de los regalos, distinguiendo, según que la promesa se rompa en vida de los novios o por muerte de alguno de ellos.

Dice el precepto que si el matrimonio no se celebra, cada uno de los prometidos podrá exigir al otro la devolución de lo que le hubiera regalado o le hubiere dado como señal del compromiso, conforme a las reglas del enriquecimiento injusto.

Sin embargo, si la promesa se rompe por muerte de uno de los prometidos, en caso de duda, deberá considerarse que la restitución es improcedente.

⁵⁵ La vieja Sentencia del "Reich Gericht" de 18 de enero de 1917 (WarnR. 11°, 76, pp. 111-112) consideró que debía estimarse la demanda, presentada por una mujer contra su novio, que había roto la promesa de matrimonio, en la que aquélla le reclamaba el importe de 3.000 marcos, por las pérdidas económicas que había sufrido, al abandonar su profesión de modista durante 18 meses.

El Tribunal consideró indudable que, dentro de las medidas concernientes a la pérdida de una posición adquirida, había que situar el abandono de una profesión retribuida, que había tenido lugar por el deseo de su novio, en vistas a convertirse en ama de casa; y, así mismo, que el daño resarcible era razonable, teniendo en cuenta que la actora sólo había renunciado a su profesión cuando debía considerar inminente la celebración del matrimonio.

Entendió, además, que, para fijar la indemnización, debía tenerse en cuenta no sólo el período dejado de trabajar durante la vigencia de la promesa, sino también el comprendido entre su ruptura y el momento en el que la demandante se había vuelto a encontrar en situación de volver a ejercer su profesión, el cual se vio pospuesto, como consecuencia de la enfermedad que aquélla sufrió, al romperse la promesa.

⁵⁶ Cfr., en este sentido: HECKELMANN, D.: *loc. ult. cit.*, p. 3724, HENRICH, D.: *op. cit.*, p. 26, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, LÜDERITZ, A.: *op. cit.*, p. 48, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁷ Cfr., en este sentido: KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, como también GOLDMANN, E., LILIENTHAL, L., y STENBERG, L.: *op. cit.*, p. 12, nota 14, que se refieren a la renuncia, por parte de una actriz de un contrato, en consideración al matrimonio proyectado.

⁵⁸ Cfr., en este sentido: BEITZKE, G.: *op. cit.*, p. 30, BRUDERMÜLLER, G.: "Ad § 1298 BGB", en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62ª edición, Verlag C.H. Beck, 2002, p. 1586, CROME, C.: *op. cit.*, p. 199, nota 30, DÖLLE, H.: *op. cit.*, p. 77, DENBURG, H.: *op. cit.*, p. 31, ENDEMANN, F. *op. cit.*, p. 609, nota 11, HECKELMANN, D.: *loc. ult. cit.*, p. 3724, KIPP, T. y WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 25, LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37, LEHMANN, H.: *op. cit.*, p. 31, LÜDERITZ, A.: *op. cit.*, p. 48, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, MITTEIS, H.: *op. cit.*, p. 12, MÜNDER, J.: "Ad §§ 1298 y 1299 BGB", en AA.VV.: *Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Luchterhand*, 1981, p. 74, OPET, O. y BLUME, W.: *op. cit.*, p. 11, SCHWAB, D.: *op. cit.*, p. 26, SIEBERT y VOGEL, *op. cit.*, p. 6, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁹ Cfr., en este sentido: LANGE, H.: *loc. ult. cit.*, p. 37, MATTHIAS, B.: *op. cit.*, p. 227, SIEBERT y VOGEL, *op. cit.*, p. 6, WACKE, A.: *loc. cit.*, p. 90.

III. El derecho austriaco

En el Derecho austriaco la promesa de matrimonio se regula en los §§ 45 y 46 del "ABGB".⁶⁰

1. La ineficacia de la promesa de contraer matrimonio: el § 45 del "ABGB"

La redacción del § 45 del "ABGB" es distinta a la del § 1297 "BGB".

Mientras el precepto alemán establece la inexigibilidad de la obligación de casarse, el austriaco va más lejos, porque dice que la promesa no da lugar a la obligación jurídica de contraer el matrimonio (ni tampoco a la de cumplir las penas convencionales pactadas para el supuesto de su ruptura).⁶¹

Por lo tanto, no se trata ya de que la obligación de contraer matrimonio sea inexigible, sino que es inexistente, esto es, carece de juridicidad.

Parece, pues, lógico que la redacción del § 45 del "ABGB" hubiera llevado a la doctrina científica austriaca a negar el carácter contractual de la promesa de matrimonio; sin embargo, no ha sido así.⁶²

2. La posición de la doctrina austriaca respecto de la naturaleza de la promesa

La doctrina austriaca dominante sostiene una curiosa posición, consistente en considerar que la promesa de matrimonio es un contrato (o precontrato)⁶³

⁶⁰ En dichos párrafos no se contienen normas especiales respecto del plazo de ejercicio de la acción de rescarcimiento de los daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio, como tampoco normas relativas a la restitución de regalos, materia esta que se regula en el § 1247, II "ABGB".

⁶¹ El § 45 del "ABGB" dice, así, que "Ein Eheverlöbniß [...] zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich [...] zur Eheschließung der Ehe".

⁶² Es aislada la opinión de KRASNOPOLSKI: "Der Verlöbnißbruch im österreichischen Recht", "Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung", 1904, N° 43, pp. 379-382, que negó la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio, siguiendo la tesis del hecho jurídico, defendida, en su momento, según se expuso en su lugar, por un importante, aunque minoritario, sector de la doctrina científica alemana, que escribió poco después de la promulgación del "BGB".

⁶³ WENTZEL, O.: "Ad § 45 ABGB", en AA.VV.; *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dirigido por H. KLANG y F. GSCHNITZER), volumen 1°-1, *Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1-136, Das Ehegesetz, §§ 1-131*, Druck und Verlag des Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1964, pp. 326-329, que realiza un detenido estudio sobre las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio, se decanta claramente por la que le atribuye carácter contractual, afirmado ser ésta la seguida por la jurisprudencia austriaca.

Entre la moderna doctrina científica de Austria la tesis de que la promesa tiene carácter contractual parece bien asentada.

GSCHNITZER, F.: *Familienrecht*, en F. GSCHNITZER: *Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts*,

que no produce los efectos propios del contrato, esto es, la vinculación de las partes.⁶⁴

En consecuencia, no puede explicar el resarcimiento de los daños derivados de la ruptura como una consecuencia del incumplimiento de una obligación, la de contraer matrimonio, que, según el § 45 del "ABGB", es inexistente.

Acaba, entonces, acudiendo a la idea de que el resarcimiento es una consecuencia de la protección de la confianza suscitada por la promesa en que el matrimonio se celebrará, a pesar de que no existe ninguna obligación jurídica de los promitentes de casarse.⁶⁵

Springer-Verlag, Wien, 1963, p. 10, se refiere a la promesa de matrimonio como una clase de precontrato de Derecho de familia.

PICHLER, H.: "Ad § 45 ABGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht*, dirigido por P. Rummel, volumen 1º, §§ 1-1774 ABGB, 2ª edición, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990, p. 112, dice que la promesa es un contrato cuya celebración puede deducirse de actos concluyentes, exigiéndose tan sólo la mera intención de casarse con el otro.

SCHWIMANN, M.: "Ad § 45 ABGB", en AA.VV.: *Praxiskommentar zum ABGB* (dirigido por M. SCHWIMANN), volumen 1º, §§ 1-284 ABGB, *Kundmachungspatent, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG*, 2ª edición, Verlag Orac, Wien, 1997, p. 136, la califica como un precontrato de especial naturaleza.

⁶⁴ FEIL, E.: *ABGB. Handkommentar für die Praxis*, volumen 2º, *Personen- und Familienrecht (§§ 15-284)*, Prugg Verlag Eisenstadt, Eisenstadt, 1978, p. 91-92, tras afirmar que la promesa de matrimonio no produce ninguna obligación jurídica, sin embargo, la califica de un precontrato de Derecho de familia, que no puede celebrarse, si uno de los prometidos está casado.

HOPF, G. Y KATHREIN, G.: *Eherecht, Eherechtliche Bestimmungen des ABGB. EheG samt 1. und 4. DVEheG. Ehegattenwohnrecht. Eheverfahrensrecht. Einschlägige Bestimmungen des Sozialversicherungs und des Pensionsrechts. Kurzkomentar*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1997, p. 6, afirman también que la promesa de matrimonio es un contrato o precontrato de Derecho de familia, observando, más adelante (p. 7), que no produce ninguna obligación jurídica.

SCHWIND, F.: *Das Familienrecht*, en A. EHRENZWEIG y A. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, volumen 3º, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1984, pp. 12-14, dice también que la promesa de matrimonio es un precontrato, pero que no produce los efectos jurídicos del mismo, puesto que, a tenor del § 45 del "ABGB", no produce ninguna obligación jurídica: "Seinem Inhalt nach ist es ein Vorvertrag, es hat aber nicht die rechtliche Wirksamkeit eines Vorvertrags".

Más adelante, alude a la teoría que considera la promesa de matrimonio como un hecho jurídico ("Tatsächlichkeitstheorie"), decartándola con el argumento de que la misma da lugar a dificultades innecesarias y deja abiertas preguntas a las que, en cambio, responde la teoría que la califica como un contrato, a la que, según se ha expuesto, el autor se adhiere.

Parece que este argumento, de marcado carácter pragmático, se refiere a la posibilidad de aplicar la teoría general del contrato para solucionar posibles cuestiones que no están expresamente reguladas por la legislación austriaca, como, por ejemplo el tema de la capacidad que han de tener los promitentes o, en general, el de las condiciones de validez de lo que, desde la perspectiva de la "Vertragstheorie", son auténticas declaraciones de voluntad de carácter negocial.

⁶⁵ Este es el caso de HOPF, G. Y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, quienes afirman que la "ratio legis" de la norma contenida en el § 46 del "ABGB" es la defensa de la confianza de un prometido en el mantenimiento de las circunstancias y en el cumplimiento de la promesa por parte del otro: "Ratio legis ist der Schutz des Vertrauens eines Verlobten auf den Bestand des Verhältnisses und die Einhaltung des Eheversprechen".

A mí me parece que esta construcción doctrinal es artificiosa. Creo que es más correcto afirmar simplemente que la promesa de matrimonio no es un contrato, sino un mero hecho, al que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuir ciertos efectos con la finalidad de tutelar la confianza que ha suscitado en quien la recibió.

3. El criterio de imputación de responsabilidad

El § 46 del "ABGB" afirma que sólo la parte en la que no concurra una causa que fundamente la ruptura ("gegründete Ursache") podrá pedir la indemnización de los daños reales que aquélla provoque.⁶⁶

A pesar de que el tenor del precepto no subordina la responsabilidad derivada de la ruptura a la circunstancia de que ésta sea culpable,⁶⁷ sin embargo, ha

⁶⁶ HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, pp. 8-9, afirman que puede entenderse que son causas que justifican la ruptura de la promesa las que dan lugar al divorcio, pero no sólo éstas. Se refieren, así, al caso de una enfermedad no transmisible o a la existencia en el otro prometido de rasgos de carácter que hagan no deseable ("nicht wünschenswert") la vida en común con él.

SCHWIMANN, M.: "Ad § 46 ABGB", en AA.VV.: *Praxiskommentar zum ABGB* (dirigido por M. SCHWIMANN), volumen 1º, §§1-284 ABGB, *Kundmachungspatent, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG*, 2ª edición, Verlag Orac, Wien, 1997, p. 138, afirma que son causas que justifican la ruptura de la promesa todas aquellas circunstancias que objetivamente, en atención a las circunstancias del caso concreto y desde la perspectiva de un juicio racional acerca de la naturaleza del matrimonio, son apropiadas para disuadir al otro contratante de su intención de casarse. Con apoyo en fallos jurisprudenciales, que cita expresamente, considera que son causas para la ruptura, el incumplimiento de las obligaciones (distintas a la de casarse) que la jurisprudencia austriaca parece entender que originan la promesa entre quienes las celebran, esto es, la de fidelidad, respeto y asistencia; se refiere también a la existencia de enfermedades y rasgos negativos de carácter que no hagan deseable instaurar una comunidad de vida duradera, como, por ejemplo, la propensión a la violencia o a la infidelidad. Las diferencias ideológicas o religiosas importantes –concluye el autor– pueden autorizar la ruptura, pero no las razones económicas o las diferencias sociales o étnicas.

⁶⁷ Es por ello que la doctrina científica tradicionalmente venía sosteniendo que la indemnización prevista en el § 46 del "ABGB" no presupone la culpa de la parte que da causa para la ruptura.

Cfr., en este sentido, WENTZEL, O.: "Ad § 46 ABGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dirigido por H. KLANG y F. GSCHNITZER), volumen 1º-1, *Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1-136, Das Ehegesetz, §§ 1-131*, Druck und Verlag des Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1964, p. 340.

Cfr., en el mismo sentido, más recientemente, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15, como, sobre todo, OBERHOFER, R.: "Setzt der Schadenersatzanspruch wegen Rücktrittes vom Verlöbniß Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus?", "Österreichische Juristen-Zeitung", pp. 433-441, que realiza un minucioso análisis de los antecedentes históricos de la cuestión, con abundante cita de autores del siglo XIX, tanto de los que sostienen la tesis de que la indemnización es independiente de la culpa de quien da lugar a la ruptura (nota 32), como de los que defienden la tesis contraria (nota 33), evidenciando que la primera de ellas ha sido mayoritaria a lo largo del siglo XX, hasta tiempos recientes (notas 34 a 37); así mismo, recoge fallos jurisprudenciales que contienen declaraciones en el sentido de que la indemnización no presupone la culpa de quien provoca la ruptura de la promesa (notas 42 a 45), si bien evidencia que la mayoría de dichas declaraciones son "obiter dicta". Dicho trabajo ha sido, sin embargo, contestado por KUFSTEIN, M. U.: "Verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch nach Rücktritt von Verlöbniß. Eine Replik auf Oberhofer, Setzt der Schadenersatzanspruch wegen Rücktrittes vom Verlöbniß Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus?", "Österreichische Juristen-Zeitung", 1994, pp. 844-847.

acabado imponiéndose la tesis⁶⁸ de que la indemnización sólo puede reclamarse en el caso de que uno de los promitentes haya roto la promesa sin ninguna razón o cuando con su comportamiento culpable haya provocado que el otro promitente rompa la promesa.⁶⁹

⁶⁸ En la revisión de la doctrina tradicional sobre la no exigencia de la culpa en orden a la procedencia de la indemnización prevista en el § 46 del "ABGB" es fundamental el trabajo de KOZIOL, H.: "Die schadenersatzrechtlichen Folgen des Rücktrittes von Verlöbniß", en *Juristische Blätter*, 1975, pp. 61-67. El autor justifica la adopción de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad en el hecho de ser esta la regla general en el Derecho austriaco, sin que tenga sentido que, dando lugar la promesa a una obligación inexigible judicialmente, su incumplimiento pueda desplegar una consecuencia más grave en el ámbito de la indemnización (como lo es la responsabilidad objetiva) que la que produce el incumplimiento de un contrato de Derecho de obligaciones, en cuyo caso la responsabilidad del infractor requiere la culpa de éste.

A continuación, desarrolla una original teoría, que distingue entre los motivos de ruptura existentes al tiempo de la realización de la promesa y los sobrevenidos durante el periodo de noviazgo.

Respecto de los primeros afirma que son causas que fundamentan la ruptura y dan lugar a la correspondiente indemnización la infracción del deber que tiene cada parte de informar de aquellas circunstancias que objetivamente tienen relevancia en orden a la prestación del consentimiento de la promesa o que conocidamente son relevantes para el otro prometido, incurriendo quien falta a esta obligación en "culpa in contrahendo", por lo que queda sujeto a indemnizar el interés negativo.

Respecto de los segundos, hace jugar las causas de divorcio, entendiendo que la indemnización procede cuando uno de los prometidos falta a las obligaciones de fidelidad, respeto mutuo o asistencia, así como cuando incumple sin causa la promesa, sosteniendo que la misma da lugar a una obligación de contraer matrimonio, aunque la misma sea inexigible, por lo que su falta de cumplimiento, a falta de un motivo importante que lo justifique, constituye un comportamiento negligente. En estos casos, según el autor, dado que no estamos ante un caso de "culpa in contrahendo" que tenga lugar al tiempo de la celebración del contrato, sino a un supuesto de negligencia en la ejecución de la obligación nacida de un contrato ya existente, procede la indemnización del interés positivo.

Hay que resaltar que esta diversidad de consecuencias respecto del alcance de la indemnización en los dos casos propuestos por el autor no ha sido aceptada por el común de la doctrina, que fija, en todo caso, el objeto del resarcimiento por el incumplimiento de la promesa en la reparación del interés negativo o interés de la confianza.

⁶⁹ GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, afirma que la indemnización, a pesar del § 46 del "ABGB", procede, exclusivamente, cuando una parte rompe la promesa, sin razón, o cuando, con culpa, da lugar a que la otra la rompa (infidelidad). Por el contrario –prosigue– cuando uno de los prometidos provoca la ruptura en virtud de un motivo importante, pero no culpable (grave enfermedad), el otro no puede reclamarle el resarcimiento.

FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, parece asumir la tesis de responsabilidad por culpa, ya que, al referirse a las personas legitimadas para ejercitar la acción de resarcimiento, dice que la acción corresponde al prometido no culpable contra el culpable.

HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 9, observan que, si bien el § 46 del "ABGB" no exige, en principio, ninguna culpa, lo cierto es que dicha posición puede ser cuestionada de acuerdo con la doctrina dominante. Observan, así, que la finalidad de la norma (defensa de la confianza en el mantenimiento de la promesa), en una adecuada ponderación de los intereses implicados en la cuestión, no autoriza a imponer a uno de los prometidos una obligación indemnizatoria, cuando no le es imputable ninguna responsabilidad en la ruptura; y concuyen afirmando que no se comprende por qué razón, en el caso de la ruptura de la promesa, la cual no genera ninguna obligación legal, hay que apartarse de la regla general del Derecho austriaco, de la responsabilidad por culpa.

PICHLER, H.: "Ad § 46 ABGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaltungsgesetz, UN-Kaufrecht* (dirigido por P. Rummel), volumen 1º, §§ 1-1774 ABGB, 2ª edición, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990, aunque no toma explícitamente partido por la cuestión, expone que, si bien la doctrina tradicional y la jurisprudencia no subordinaban la indemnización a la culpa del responsable de la ruptura, sin embargo, la doctrina más recientes pone en duda esta opinión.

Es por ello que cuando la causa de la ruptura es la existencia de una enfermedad grave en el otro prometido, no procede la obligación de resarcir.⁷⁰

Sí, en cambio, cuando uno de los novios, al tiempo de prometerse, guarda un silencio culpable sobre aquellas circunstancias que pueden dar lugar a que el otro rompa la promesa,⁷¹ las cuales pueden afectar a su persona, cualidades, estado de salud, circunstancias familiares, ideología, formación, profesión o ingresos.⁷²

4. Legitimación para el ejercicio de la acción

Según la interpretación que la doctrina dominante da hoy al § 46 del "ABGB", la acción corresponde al promitente inocente contra el promitente culpable, por haber este último roto la promesa sin causa justificada o por haber provocado la ruptura con una conducta susceptible de reproche culpabilístico.

No procede la indemnización cuando concurre culpa de ambos promitentes.⁷³

La doctrina austriaca, a pesar de no preverlo el § 46 del "ABGB", entiende que la legitimación activa corresponde también a los padres, parientes o, incluso, otros terceros que hubiesen hecho gastos en consideración al matrimonio.⁷⁴

En cambio, excluye la legitimación pasiva de terceros, como por ejemplo, los padres de los novios.⁷⁵

5. Daños resarcibles

El § 46 del "ABGB" considera resarcibles, exclusivamente, los daños realmente originados por la ruptura.

SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, pp. 138-139, entiende que la indemnización presupone la ruptura culpable de la promesa, observando que, si bien hay sentencias que afirman lo contrario, éstas lo hacen en declaraciones "*obiter dicta*", constatando lo injusto que resultaría que un prometido que sufriera una enfermedad grave, en cuya causación no tuviera ninguna culpa, además de tener que soportar que el otro rompiera la promesa, tuviera que indemnizar a este último.

⁷⁰ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁷¹ KOZIOL, H.: *loc. cit.*, p. 63, afirma que cada parte tiene que declarar aquellas circunstancias que tienen una significación objetiva en orden a la realización de la promesa, así como aquellas que cono- cidamente son relevantes para la otra.

⁷² Cfr., en este sentido: PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 134, y SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁷³ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8.

⁷⁴ GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, se refiere a los padres u otros parientes de la parte inocente, que hubiesen hecho gastos en consideración al matrimonio prometido.

Otros autores hablan de terceros en general, como FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, y HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8. SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139, precisa que los terceros pueden ser parientes de los novios o no serlo; igualmente, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 14, habla de padres u otras personas.

⁷⁵ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10.

Con esta expresión, de marcado carácter restrictivo, se trata, según la doctrina, de excluir la reparación de los daños morales,⁷⁶ en particular la compensación por el desengaño sufrido como consecuencia de la ruptura de la promesa.⁷⁷

Por lo tanto, sólo los daños patrimoniales pueden ser resarcidos; y no todos, ya que, por esta vía, se indemniza tan sólo el interés negativo o de la confianza; excluyéndose, pues, la reparación del interés positivo o al cumplimiento.⁷⁸ En consecuencia, no puede indemnizarse a uno de los promitentes por la pérdida de los beneficios que hubiera obtenido, de haberse cumplido la promesa.⁷⁹

Pero no se indemniza todo el interés negativo, pues no se resarce la pérdida de la ocasión de casarse con un tercero que hubiera hecho una proposición de matrimonio, rechazada por la confianza de uno de los novios en que el otro cumpliría la promesa.⁸⁰

A) Gastos hechos y obligaciones contraídas

Se indemnizan los gastos hechos y las obligaciones contraídas para la preparación del matrimonio o para la asunción de la vida de casados, que, como consecuencia de la ruptura, pierden su utilidad.

Entre los gastos resarcibles se sitúan el precio del vestido de boda⁸¹ o el del viaje de bodas;⁸² y, entre las obligaciones, las contraídas para adquirir, alquilar o construir una vivienda⁸³ o el mobiliario de la misma.⁸⁴

B) La renuncia a una posibilidad de ganancia

Se considera también resarcible la renuncia a una posibilidad de ganancia, como es la que se habría obtenido en el puesto de trabajo que se abandona para

⁷⁶ Cfr., en este sentido, FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, GSCHNITZER, F. *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8.

⁷⁷ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 134, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸⁰ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 134, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15.

⁸¹ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸² Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸³ Cfr., en este sentido: FEIL, E.: *op. cit.*, p. 94, GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, pp. 10-11, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 135, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

⁸⁴ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 139.

casarse,⁸⁵ así como en el que, por el mismo motivo, no se acepta, debiendo haber existido, en este último caso, una concreta oferta de trabajo.⁸⁶

El resarcimiento del daño derivado de la renuncia a un puesto de trabajo se limita al tiempo que fuera necesario para la recuperación de los ingresos dejados de percibir, con la condición de que quien lo sufre se esfuere por encontrar un puesto de trabajo semejante al perdido.⁸⁷

C) Daños a la salud

Se indemnizan, por último, los daños a la salud que tienen su causa en la ruptura de la promesa,⁸⁸ como los provocados por la necesidad de realizar una cura en un establecimiento de salud mental.⁸⁹

IV. El derecho suizo

En el Derecho suizo la promesa de matrimonio⁹⁰ se regula actualmente en los artículos 90 a 93 del "ZGB",⁹¹ redactados conforme a la Ley Federal de 26 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 2000.⁹²

⁸⁵ Cfr., en este sentido: GSCHNITZER, F.: *op. cit.*, p. 10, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140.

⁸⁶ Cfr., en este sentido: HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 10, PICHLER, H.: *loc. ult. cit.*, p. 135, SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140.

⁸⁷ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140.

⁸⁸ HOPF, G. y KATHREIN, G.: *op. cit.*, p. 8, excluyen, sin embargo, la indemnización por las enfermedades padecidas como consecuencia de la ruptura.

⁸⁹ Cfr., en este sentido: SCHWIMANN, M.: *loc. ult. cit.*, p. 140, SCHWIND, F.: *op. cit.*, p. 15.

⁹⁰ SIFFERT, R.: *Verlobung und Trauung. Die geschichtliche Entwicklung des schweizerischen Eheschließungsrecht*, Schulthess, Juristische Medien AG, Zürich, Bassel, Genf, 2004, realiza un minucioso estudio histórico de la regulación de la promesa de matrimonio en los diversos cantones suizos con anterioridad a la promulgación del Código civil helvético.

⁹¹ A propósito de la regulación originaria de la materia, contenida en los antiguos artículos 90 a 95 del "ZGB", ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *Manuel du Droit civil suisse*, tomo 1º, *Introduction. Titre préliminaire. Droit des personnes. Droit de la famille. Des successions*, 1ª edición, Lausanne, Librairie Payot & Cie, s.f., p. 159, enjuiciaban muy favorablemente el hecho de que el Código civil suizo, a diferencia del francés, regulará la promesa de matrimonio como un verdadero contrato civil, asegurándole un puesto dentro de las instituciones legales.

⁹² La Ley Federal de 26 de junio de 1998, si bien mantuvo la regulación legal de la promesa de matrimonio, de acuerdo con la tradición jurídica suiza, sin embargo introdujo ciertas modificaciones importantes, como, por ejemplo, la supresión de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, la desaparición de la legitimación de terceros, distintos de los promitentes, para reclamar el resarcimiento de los daños materiales ocasionados por el incumplimiento de la promesa o la derogación de la norma que contenía la expresa previsión de la reparación de los daños morales, contenida en el originario artículo 93 del "ZGB".

HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *Grundriss des Eherechts*, 4ª edición, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000, p. 40, han criticado la regulación actual suiza de la promesa de matrimonio, por entender que las normas contenidas en los artículos 90 a 93 (ya reformados) del "ZGB" son obsoletas, enjuiciando negativamente que la promesa haya seguido conservando una significación, no sólo moral, sino también social, añadiendo que los problemas planteados como consecuencia de su ruptura podían haberse

1. La calificación legal de la promesa de matrimonio como un contrato

Llama la atención que el Código civil helvético califique la promesa de matrimonio como un contrato; y ello, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, donde su consideración como contrato o negocio jurídico es simplemente una construcción doctrinal, que carece de apoyo legal explícito.⁹³

Esta calificación legal resulta de la nota marginal que acompaña al artículo 90 del "ZGB" en su edición francesa, que habla de "Contrat de fiançailles", afirmando el párrafo primero del precepto que "Les fiançailles se forment par la

resuelto aplicando las reglas del enriquecimiento injusto, las de restitución de regalos y las relativas a la "culpa in contrahendo".

⁹³ Se explica, así, que la calificación de la promesa de matrimonio como un contrato sea compartida por la generalidad de la doctrina científica suiza, que la considera, además, como un negocio jurídico constitutivo de un estado civil.

DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, 4ª edición, Editions Staempfli+Cie SA, Berne, 1995, p. 42, afirman que el Derecho suizo considera la promesa de matrimonio como un auténtico contrato que produce efectos jurídicos, esto es, la obligación de casarse, si bien las partes no tienen que soportar la ejecución forzosa de dicha obligación. Consideran, además, que la promesa es un negocio constitutivo de estado civil. Así los citados autores, en las pp. 46-47 de la misma obra, afirman que la promesa crea entre los novios una relación de comunidad cuasifamiliar, una especie de sociedad preparatoria al matrimonio, que implica el respeto de ciertas obligaciones, en particular, las de fidelidad y asistencia, observando que la ley asigna a la promesa ciertos efectos especiales, como el derecho a que, en caso de muerte accidental de uno de los prometidos, el superviviente pueda obtener una indemnización por daño moral.

HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Eheschließung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht*, 2ª edición, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002, pp. 36-38, consideran a la promesa de matrimonio un contrato de Derecho de familia, al que califican de personalísimo ("absolut höchstpersönlich"), al que son de aplicación los artículos 1 y ss. del "OR", en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del "ZGB", teniendo en cuenta, sin embargo, sus especialidades, en cuanto negocio jurídico familiar; concretamente, la inexigibilidad judicial del cumplimiento de la promesa, calificando, por ello, como imperfecta, a la obligación de contraer matrimonio. Los autores consideran, además, que la promesa da lugar a un estado de Derecho de familia, estando obligados los prometidos a un deber de lealtad que incluye la defensa de los intereses afectivos y económicos del otro, así como su sustento material e inmaterial.

HUWILER, B.: "Ad artículo 90 ZGB", en AA.VV.: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Art. 1-359 ZGB*, dirigido por H. HONSELL, NP. VOGT Y T. GEISER, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1996, p. 571, observa que la promesa de matrimonio es un negocio jurídico, al que explícitamente califica de "contrato". Más adelante, "Ad artículo 91 ZGB", en la misma obra, p. 584, que tal contrato, que se celebra sin sujeción a ninguna forma específica, da lugar a una obligación principal de hacer, consistente en la obligación de casarse, y a otras obligaciones de carácter accesorio, que la sitúan en el ámbito del Derecho de familia, como son las de comportarse lealmente y de buena fe o la de cooperación.

SIFFERT, R.: *op. cit.*, p. 184, se apoya en el artículo 90 del "ZGB" para sostener que estamos ante un contrato de Derecho de familia, que requiere dos promesas recíprocas, el cual se perfecciona sin sujeción a forma alguna, pudiendo celebrarse expresamente o deducirse de hechos concluyentes.

Para TUOR, P.: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12ª edición por B. SCHNYDER, J. SCHMID Y A. RUMO-JUNGO, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Bâle, Genf, 2002, p. 174, nos encontramos también ante un contrato de Derecho de familia, que da lugar a una obligación jurídica, no sólo moral; de ahí que la ruptura de esta obligación dé lugar a una determinada pretensión resarcitoria.

promesse de mariage”, expresión ésta, la de “formar”, que, sin duda, se refiere a la perfección de lo que se considera un auténtico negocio jurídico.⁹⁴

Así mismo, el párrafo segundo del precepto afirma que la promesa no “obliga” al promitente menor, a no ser que la haya consentido su representante legal, de lo que resulta que, en el caso de que la haya consentido y, por supuesto, tratándose de un mayor de edad, sí queda “obligado” por ella.⁹⁵

Es por ello que la doctrina suiza entiende que la promesa de matrimonio da lugar a una auténtica obligación jurídica,⁹⁶ si bien, como afirma el artículo 90 del “ZGB”,⁹⁷ ésta es inexigible (por la necesidad de proteger el principio de libertad nupcial).⁹⁸

⁹⁴ En tanto que contrato, su perfección requiere la concurrencia de dos declaraciones de voluntad recíprocas de querer contraer matrimonio el uno con el otro, las cuales sólo podrán proceder de personas capaces, necesitando el menor o incapacitado el consentimiento de su representante legal. Entre los contratantes no deben concurrir impedimentos permanentes que les impidan contraer posterior matrimonio (impedimentos de edad no dispensables), discutiéndose la posibilidad de que puedan prometerse en matrimonio las personas casadas, ya que posteriormente podrán divorciarse. En contra de esta posibilidad se pronuncian DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 54-55, por considerarla contraria a las buenas costumbres, invocando el artículo 20 del “OR”.

La promesa de matrimonio es un contrato consensual, cuya perfección no requiere especial forma. Cfr., en este sentido: DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 44-45, HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 38, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 37, HUWILER, B.: “Ad artículo 91 ZGB”, en AA.VV.: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Art. 1-359 ZGB*, dirigido por H. HONSELL, NP. VOGT y T. GEISER, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1996, p. 584, ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 160, SIFFERT, R.: *op. cit.*, p. 184, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 175.

⁹⁵ Es particular indicativo al respecto el uso del verbo “verpflichten” en la versión alemana del precepto.

⁹⁶ Así, DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 46, afirman que los promitentes están obligados civilmente (no sólo moralmente) a casarse, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para preparar el matrimonio y aquel que lo rechaza viola su promesa y da al otro un justo motivo para la ruptura.

KELLER, M.: *Lehrbuch des Eherechts*, en colaboración con V. LANDMANN, A. AUTENRIETH y B. MATHÉ, Verlag Stämpfli & CIEAG, Bern, 1973, p. 24, observa que los promitentes debe comportarse lealmente y de buena fe y crear en la medida de sus posibilidades las condiciones necesarias para un futuro matrimonio (seguridad económica, búsqueda de vivienda, procurarse los documentos necesarios para que pueda celebrarse el matrimonio). Añade que, sin embargo, los novios no tienen una pretensión para exigir la celebración del matrimonio, porque éste sólo se puede celebrar en virtud del libre consentimiento de los contrayentes.

⁹⁷ El precepto se corresponde con el originario artículo 91,I del “ZGB”.

⁹⁸ La Ley Federal de 26 de junio de 1998 ha suprimido la expresa mención que el originario artículo 91,II hacía a las penas convencionales, afirmando que las mismas eran inexigibles.

A propósito del precepto, ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 161, decían que toda restricción atentaría contra el principio de la libertad individual y dañaría la institución misma del matrimonio. La admisibilidad de cláusulas penales –afirmaban los autores– no constituiría más que un medio de restricción indirecto y favorecería toda clase de especulaciones repugnantes.

No deja de ser curioso que la doctrina suiza sostenga la nulidad de un pacto en el que se estableciera una pena convencional, por ser éste contrario al principio de libertad nupcial, y, en cambio, considere válido el contrato principal del que, según ella, surge la obligación jurídica de celebrar el matrimonio, aunque esta obligación sea inexigible ante los Tribunales.

En realidad el antiguo artículo 91,II del “ZGB” no decía que el pacto por el que se estableciera una pena convencional fuera nulo, sino que era exigible.

Resulta, pues, que, a nivel práctico, la calificación legal de la promesa de matrimonio como un contrato no lleva a consecuencias prácticas diversas a las del Derecho alemán o austriaco, que se concretan en la indemnización del interés negativo, en los términos previstos por el artículo 92 del "ZGB".⁹⁹

2. Las consecuencias del incumplimiento de la promesa de matrimonio tras la Ley Federal de 26 de junio de 1998

La Ley Federal de 26 de junio de 1998, que ha llevado a cabo una profunda reforma del Derecho de familia suizo, ha incidido en la materia que nos ocupa con una evidente intención de reducir los amplios efectos que los originarios artículos 90 a 95 del "ZGB" atribuían al incumplimiento culpable de la promesa.

A) Supresión de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad

En su redacción originaria el artículo 92 del "ZGB" no hacía derivar la obligación de resarcir del mero incumplimiento de la promesa, sino de un incumplimiento

A pesar de ello, DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 54-55, entendieron que existía una redacción defectuosa del precepto, pues no se trataba de un problema de ejecución, sino de validez, afirmando que la pena convencional pactada para asegurar la ejecución de la obligación de casarse era, simplemente, nula, siendo la solución recogida en dicha norma una aplicación particular del artículo 27 del "ZGB", cuyo párrafo segundo afirma que nadie puede disponer de su libertad en una manera contraria a las leyes o las buenas costumbres.

KELLER, M.: *op. cit.*, p. 25, consideraba también nula la pena convencional pactada para el supuesto de la no celebración del matrimonio, con el argumento de que no se puede constreñir indirectamente a la celebración del matrimonio, de tal modo que dicho pacto sería inmoral, invocando el artículo 20 del "OR".

Evidentemente, la supresión de la mención expresa a la inexigibilidad de las penas convencionales no puede interpretarse en el sentido de que actualmente pueden ser exigidas, pues la finalidad de la reforma operada por la Ley Federal de 26 de junio de 1998 en la materia que nos ocupa ha sido, precisamente, la de reducir los amplios efectos que en el ámbito resarcitorio el Derecho suizo atribuía a la promesa de matrimonio.

Así, tras la reforma, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 176, sigue diciendo no sólo que las penas convencionales son inexigibles, como decía el antiguo 91, II del "ZGB", sino que el pacto en el que se estipulen es nulo, por aplicación del artículo 27 del "ZGB" o del 20 del "OR".

HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 38, al tratar de las especialidades del contrato de promesa de matrimonio respecto de las reglas generales del Derecho de obligaciones, observa que la misma es inexigible judicialmente, tanto directa, como indirectamente, por ejemplo, mediante una pena convencional.

⁹⁹ El vigente artículo 92 del "ZGB" dispone que cuando uno de los novios, en consideración al matrimonio ha adoptado de buena fe medidas que le han ocasionado gastos o la pérdida de una ganancia puede exigir al otro una participación financiera apropiada, siempre que esto no parezca contrario a la equidad en vista del conjunto de las circunstancias.

Se aprecian, pues, significativas diferencias entre la redacción actual y anterior a la reforma de este precepto, que originariamente decía lo siguiente: cuando uno de los promitentes rompe la promesa, sin justos motivos, o cuando es rota por uno u otro, como consecuencia de un hecho imputable a uno de ellos, la parte culpable debe a la otra, a los padres o a los terceros que hayan actuado en lugar de éstos una indemnización equitativa por los gastos hechos en consideración al matrimonio, siempre que en atención a las circunstancias no parezcan excesivos.

“sans de justes motifs”, “ohne wichtige Gründe”, “senza gravi motivi”, según las respectivas versiones del precepto.¹⁰⁰

Se exigía, pues, un incumplimiento culpable.¹⁰¹

En cambio, en la actual redacción de la norma se ha suprimido la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, de modo que el resarcimiento de los daños, en principio, tendrá lugar por el mero incumplimiento de la promesa, con tal de que los gastos hayan sido hechos de buena fe por quien los reclama, sin necesidad de que el comportamiento del demandado sea susceptible de un reproche culpabilístico.¹⁰²

Esta solución legal posibilita que quien solicite el resarcimiento pueda ser, precisamente, quien ha roto la promesa sin un motivo grave, estando el demandado, por el contrario, dispuesto a cumplirla, consecuencia ésta que, en ocasiones, puede parecer injusta y que podría, quizás, evitarse aplicando el inciso final del precepto, el cual excluye la contribución financiera en los gastos hechos por la otra parte cuando esto parezca contrario a la equidad, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias.¹⁰³

¹⁰⁰ DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, pp. 55, recogen, con cita de fallos concretos, los siguientes casos, en los que la jurisprudencia suiza consideró que concurría justo motivo para la ruptura: la existencia de una enfermedad grave e incurable; la mala conducta del otro prometido, siempre que el que pretende romper no la hubiera conocido antes de la formalización del noviazgo; un cambio de sentimientos si no es meramente arbitrario; el hecho de que la otra parte mantenga correspondencia amorosa con un tercero; los desacuerdos serios que hagan prever que el matrimonio fracasará; el engaño sobre la profesión, por parte de quien afirma falsamente haber cursado estudios de ingeniería y de medicina; la condena del prometido a una pena grave y el deterioro de la situación de fortuna.

¹⁰¹ Cfr., por todos: ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 161, quienes claramente observaban que la ruptura había de ser culpable o indebida.

¹⁰² Cfr., en este sentido: SIFFERT, R.: *op. cit.*, 184.

Es difícil de entender que, tras la reforma, HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 39, puedan seguir sosteniendo un criterio de imputación basado en la culpa. Afirman, así, que la ruptura sólo es posible concurriendo un motivo importante, bien por circunstancias ajenas que no pueden ser imputadas a la culpa de ninguno de los prometidos, bien por el comportamiento culpable del otro prometido; y añaden que la ruptura, sin concurrir un motivo importante (“ohne wichtige Gründe”, como decía el antiguo artículo 92 del “ZGB”, que expresamente invocan), es la ruptura de la promesa en sentido estricto (y, por lo tanto –parecen entender– la única que provoca la obligación de indemnizar).

¹⁰³ Téngase en cuenta que en la nueva redacción del precepto se excluye la participación financiera en las disposiciones patrimoniales hechas en consideración al matrimonio, cuando el examen de las circunstancias lleve a la conclusión de que imponer dicha participación a quien no las hizo sería contrario a la equidad; por lo tanto, no sólo cuando los gastos hechos resulten excesivos, como, en cambio, se decía en el último inciso de la norma con anterioridad a la Ley Federal de 26 de junio de 1998, influida, sin duda, por el § 1298, II del “BGB”, que establece un límite cuantitativo de la reparación, estableciendo que los daños que deben resarcirse han de ser razonables en atención a las circunstancias.

B) Legitimación y plazo de ejercicio de la acción

El antiguo artículo 92 del "ZGB" concedía acción para reclamar el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio al promitente abandonado o al que la hubiera roto por un hecho imputable al otro; y, así mismo, a los padres o terceros que hubieran actuado en lugar de estos últimos.¹⁰⁴

En su redacción actual, suprimida la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, se concede legitimación, exclusivamente, al novio que hubiese adoptado medidas onerosas con ocasión del matrimonio, de buena fe, sin entrar a valorar la causa de la ruptura, excluyéndose, además, la legitimación de terceros ajenos al contrato.¹⁰⁵

El vigente artículo 93 del "ZGB", al igual que hiciera el antiguo artículo 95, fija un plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción, a contar desde la ruptura.¹⁰⁶

C) Los daños resarcibles

El artículo 92 del "ZGB", en su redacción originaria, establecía como objeto del resarcimiento una indemnización equitativa por los gastos hechos de buena fe en consideración al matrimonio proyectado.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Esta última previsión legal, también acogida por el § 1298, I del "BGB", se conciliaba mal con el carácter contractual que el Derecho suizo atribuye a la promesa de matrimonio, pues significaba conceder legitimación activa a terceros, que no habían sido parte en el denominado "contrat de fiançailles".

La norma llamó, así, la atención de ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 162, quienes observaban que la concesión de legitimación a terceros, distintos de los novios y de los padres, era consecuencia de la influencia del Derecho alemán, proponiendo interpretar la expresión de "terceros" en un sentido restrictivo, incluyendo en ella a los abuelos, a un tío o una tía que hubieran comprado el mobiliario o pagado el ajuar, porque los padres habían muerto o no tenían dinero, pero no a los vendedores de los mismos.

DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 53, explicaban esta "anomalía" que consideran "étonnant" desde un punto de vista histórico, retrotrayéndose a la época en que los padres tenían la obligación de constituir una dote a favor de la novia, lo que constituía un contrato entre ellos y el novio.

¹⁰⁵ HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39, constatan que los gastos han de ser hechos por los prometidos, exclusivamente, no por los padres o terceros que hayan actuado en su lugar.

HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, entienden, sin embargo, que, a pesar del tenor del nuevo precepto, deben resarcirse los gastos hechos por los padres (por ejemplo, por cancelación del banquete de bodas), cuando, de no intervenir los padres, debieran haber sido hechos por los propios prometidos.

¹⁰⁶ El plazo es, pues, más reducido que el establecido por el § 1302 del "BGB", que es de dos años.

¹⁰⁷ Para ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 163, el hecho de que sólo sea admitida la reparación de los gastos hechos de buena fe en atención al matrimonio, en la medida de una valoración conforme a la equidad disipaba la inquietud que pudiera surgir de admitir la acción indemnizatoria en el caso de ruptura de la promesa.

En su redacción actual, se habla de “una participación financiera apropiada” (expresión esta que sustituye a la de “indemnización equitativa”) en las disposiciones hechas de buena fe, en consideración al matrimonio, que ocasionen gastos o una pérdida de ganancia.

Se acoge, así, una solución que ya había sido comúnmente admitida por la doctrina y jurisprudencia suizas,¹⁰⁸ que habían interpretado el concepto de gasto en sentido amplio, incluyendo en él no sólo los gastos en sentido estricto,¹⁰⁹ sino también las obligaciones contraídas¹¹⁰ que perdieran su utilidad como consecuencia de la ruptura de la promesa, así como la pérdida de un puesto de trabajo.¹¹¹

Entre los gastos resarcibles se incluyen la compra de vestido de boda,¹¹² el pago del viaje de novios,¹¹³ el alojamiento durante un largo periodo del tiempo del novio en casa de los padres de la novia¹¹⁴ o la adquisición de muebles;¹¹⁵ entre las obligaciones contraídas, el alquiler de una casa en la que se pretendía fijar el domicilio conyugal.¹¹⁶

En cualquier caso, sólo se resarce el interés contractual negativo, lo que parece conciliarse mal con la consideración de la promesa como un auténtico contrato, pues, si lo fuera, lo más coherente sería conceder a la parte inocente el resarcimiento del interés contractual positivo, esto es, por la pérdida de los beneficios

¹⁰⁸ A pesar de que con la originaria redacción del artículo 92 “ZGB” no tenían el apoyo legal explícito que en el Derecho alemán proporciona el § 1298 del “BGB”.

ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 162, no interpretaban la expresión “gastos” en sentido amplio, pero admitían que la pérdida de una posición lucrativa o las ocasionadas por la mala venta de una empresa motivada por la necesidad de cumplir la promesa pudieran ser objeto de resarcimiento por la vía de los artículos 50 y ss del “RO”.

¹⁰⁹ Cfr., en este sentido DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 54, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁰ Cfr., en este sentido: HUWILER, B.: “Ad artículo 92 ZGB”, en AA.VV.: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I. Art. 1-359 ZGB* (dirigido por H. HONSELL, NP. VOGT y T. GEISER), Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1996, p. 591.

¹¹¹ Cfr., en este sentido, DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 54, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 28; y, así mismo, ya después de la reforma: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39.

¹¹² Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 177.

¹¹³ Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁴ Cfr., en este sentido DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 54, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁵ Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39.

¹¹⁶ Cfr., en este sentido: HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39, HUWILER, B.: *loc. ult. cit.*, p. 591.

que hubiese obtenido con la celebración del matrimonio; y, en particular, una más elevada posición social y económica.¹¹⁷

D) La supresión de la expresa previsión legal del resarcimiento del daño moral

Una de las novedades más importantes introducidas por la Ley Federal de 26 de junio de 1998 es la derogación de la expresa previsión legal del resarcimiento del daño moral contenida en el antiguo artículo 93 del "ZGB".

En su redacción anterior a la reforma el precepto, en su párrafo primero, decía lo siguiente: cuando la ruptura suponga un grave atentado a la personalidad de un promitente, sin que haya culpa por su parte, el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación moral si la otra parte es culpable.¹¹⁸

Muy posiblemente la supresión de este precepto se deba a que en su origen estaba pensado para el caso de la mujer que accedía a mantener relaciones sexuales con su novio ante la promesa de éste de casarse con ella y luego era abandonada, con el consiguiente descrédito social que en la época comportaba esta situación.¹¹⁹

Parece, sin embargo, indudable que otros casos que se incluían en el ámbito de aplicación de la antigua norma pueden reconducirse al artículo 28 del "ZGB",

¹¹⁷ KELLER, M.: *op. cit.*, p. 24, justifica que sólo se resarza el interés contractual negativo, con exclusión del positivo (diferencia de posición económica que para los novios pueda haber entre la celebración y la no celebración del matrimonio) con el argumento de que, al no existir la posibilidad de pedir el cumplimiento de la promesa no puede tampoco existir la posibilidad de pedir la indemnización de los daños derivados de su falta de cumplimiento ("positiven Vertragsinteresses").

¹¹⁸ En su párrafo segundo, afirmaba que dicha pretensión no podía ser objeto de cesión, aunque se transmitía a los herederos si había sido reconocida o si el acreedor había accionado al tiempo de la apertura de la sucesión.

¹¹⁹ Ahora bien, lo cierto es que el antiguo artículo 93 del "ZGB" se expresaba en términos más amplios que el derogado § 1300 del "BGB", el cual contemplaba, exclusivamente, el daño moral por "desfloramamiento".

ROSSEL, V. y MENTHA, F. H.: *op. cit.*, p. 163, observan, así, que el tenor del artículo 93 del "OR" era más amplio que el del antiguo 1300 del "BGB", que sólo preveía la indemnización por daño moral en el caso de que la novia hubiera consentido voluntariamente a mantener relaciones sexuales, como consecuencia de la promesa incumplida. Dicen, así, que este caso podría subsumirse en el precepto suizo, pero dicen que podría pensarse en calumnias propagadas por el novio acerca de su novia para justificar a los ojos de sus conocidos su rechazo a cumplir la promesa, así como otros atentados al derecho al honor.

DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 57, recogen con cita de fallos concretos, algunos casos, que los autores califican de antiguos, en los que se concedió indemnización por daño moral: la ruptura había sido comunicada de manera particularmente poco delicada; el noviazgo había durado varios años; uno de los promitentes había roto por motivos que habría debido conocer antes de decidir a casarse; el novio había engañado a la novia sobre sus cualidades; la novia había accedido a mantener relaciones sexuales; por el contrario, la pretensión resarcitoria del daño moral ha sido rechazada cuando no se podía reprochar ningún engaño al demandado.

que, con carácter general, concede a quien sufre un atentado ilícito a su personalidad el derecho a reclamar una indemnización de daños en reparación del daño moral¹²⁰ o al artículo 49 del "OR" (si se tiene en cuenta que la doctrina suiza considera la promesa un contrato que origina la obligación de contraer matrimonio).¹²¹

Por ejemplo, cuando un prometido daña el buen nombre del otro mediante calumnias o desvela intimidades suyas.¹²²

E) Restitución de regalos

Al igual que en el Derecho alemán, el artículo 92 del "ZGB" regula la devolución de los regalos, distinguiendo, según que la promesa se rompa en vida de los novios o por muerte de alguno de ellos.

En el caso de ruptura por muerte, no tiene lugar la restitución de los regalos; lo que sí procederá en caso de ruptura de la promesa.¹²³ Si los regalos no existen ya, la restitución tiene lugar por la reglas del enriquecimiento injusto.

La doctrina excluye que las fotografías y cartas sean regalos en el sentido del artículo citado, entendiendo que la restitución de las mismas procede por aplicación del artículo 28 del "ZGB", mediante una acción de protección de la personalidad.¹²⁴

¹²⁰ HAUSHEER, H., GEISER, Th., y KOBEL, E.: *op. cit.*, p. 40, sugieren, así, la posibilidad de aplicar el artículo 28 del "ZGB" en aquellos casos en que las circunstancias de la ruptura provoquen un grave daño en la personalidad.

¹²¹ Para TUOR, P.: *op. cit.*, p. 176, a pesar de no existir en la actualidad una norma como la contenida en el derogado artículo 93 del "ZGB", cabrá siempre que una lesión de la personalidad pueda dar lugar a una pretensión resarcitoria por la vía de la regla general del artículo 49 del "OR".

En el mismo sentido se pronuncia SIFFERT, R.: *op. cit.*, p. 184, para quien la supresión de la norma expresa contenida en el anterior artículo 93 del "ZGB" no obsta la aplicación de la norma general del artículo 49 del "OR".

¹²² Cfr., en este sentido: KELLER, M.: *op. cit.*, p. 29, con anterioridad a la reforma operada por la Ley Federal de 26 de junio de 1998.

¹²³ El vigente artículo 92, I del "ZGB" excluye expresamente ahora de la restitución "les cadeaux d'usage", lo que no decía el artículo 94 en su redacción anterior a la reforma realizada por la Ley Federal de 26 de junio de 1998.

¹²⁴ Cfr., en este sentido: DESCHENAUX, H., TERCIER, P. y WERRO, F.: *op. cit.*, p. 52, KELLER, M.: *op. cit.*, p. 27, TUOR, P.: *op. cit.*, p. 176.

HEGNAUER, C. y BREITSCHMID, P.: *op. cit.*, p. 39, entienden, sin embargo, que la restitución de las fotografías y de las cartas tendrá lugar por aplicación analógica del artículo 91, I del "ZGB".

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre _____

Dirección _____

Dirección de despacho _____

Comuna _____

Ciudad _____ País _____

Teléfono _____ Fax _____

Profesión/Carrera _____

Universidad/Instituto _____

Empresa/Institución _____

Giro _____

R.U.T. _____ E-mail _____

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

“Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda.”

por la suma de \$ _____ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

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.

UDD

Universidad del
SANTIAGO

BIBLIOTECA UDD SCL



R011808