

# ACTUALIDAD JURIDICA



Año X

N° 20

Julio 2009

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## TOMO II

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 II**



**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 II

### Ensayos y Estudios (2)

- **Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad.** C. Schmidt H..... 483
- **La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados.** B. Caprile B. .... 509
- **Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral.** J. M. Lecaros S. .... 541
- **Constitucionalismo chileno y su evolución.** C. Cruz-Coke O. .... 547
- **Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros.** I. Aróstica M. .... 569
- **El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** C. Boettiger P. .... 577
- **Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales.** S. Verdugo R. .... 597
- **La libertad de expresión en el derecho norteamericano.** R. F. Campusano D. - J. M. Astudillo S. .... 635
- **Tolerancia y Estado laico en John Locke: un desposorio incómodo.** J. Alvear T. .... 649
- **La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos.** C. Poblete J. - C. Palavecino C. .... 675
- **Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones.** H. Fábrega V. - D. Yáñez T. .... 697
- **Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo.** A. Fraga Y. .... 713
- **Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC).** M. Arroyo M. .... 729
- **Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima.** R. Gómez B. .... 741
- **Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia.** M. F. Juppert E. .... 759
- **El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica.** H. Álvarez C. .... 789
- **Sociedades de inversiones y patente municipal.** P. Figueroa V. .... 801

### Análisis Jurisprudencial

- **La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria.** E. Riosco E. .... 813
- **Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados".** J. García E. - R. Ugalde P. .... 823
- **Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa.** H. Fábrega V. .... 837

## Actividades de las Facultades

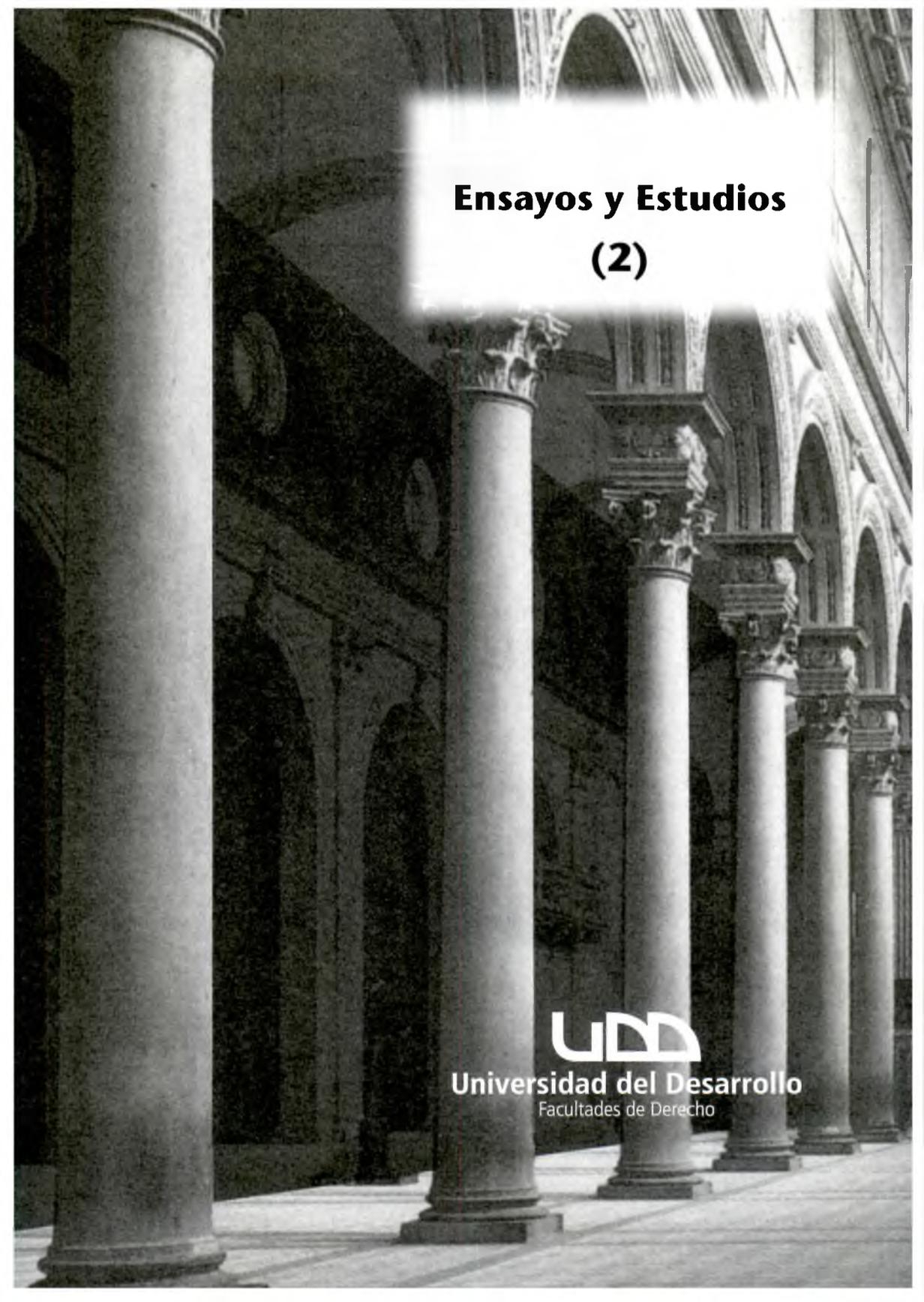
- **Facultad de Derecho, sede Santiago.** T. Siles D. .... 847
- **Facultad de Derecho, sede Concepción.** B. Caprile C. .... 857

## Libros, Resúmenes y Recensiones

- **Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba** de **H. Larrain F.** E. Carrasco Q. .... 863
- **Tutela de derechos fundamentales del trabajador,** de **J. L. Ugarte C.** H. Fábrega V. .... 869
- **Índice Revista *Ius Publicum* N° 22/2009** ..... 873

## Índice Revista *Actualidad Jurídica*

- **Índice Revista *Actualidad Jurídica* N°s 1 a 19.** E. Andrades R. .... 877



# Ensayos y Estudios (2)



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad**

**Claudia Schmidt Hott**

Profesora Titular de Derecho Civil

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **1. El Principio de jerarquía constitucional**

La defensa absoluta del principio de la jerarquía constitucional constituye un pilar fundamental que informa nuestro Estado de Derecho. La ley y su o sus respectivos reglamentos sólo vienen a desarrollar el mandato constitucional. Si así no fuere, la norma fundamental caería en desuso, lo que no implica fuerza derogatoria ni expresa ni tácita, de aceptarse aquello, se pondrían en serio peligro las bases de la institucionalidad. En la filosofía de la Carta Fundamental del año 1980, modificada por Ley N° 20.050,<sup>1</sup> corresponde al Tribunal Constitucional “resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.<sup>2</sup> Es así como, a partir del año 2005, nuestro Tribunal Constitucional ejerce respecto de las leyes un control a posteriori de su inconstitucionalidad, lo que ya era frecuente en otros países. En efecto, frente a una pugna insalvable entre la ley y la Carta Fundamental, ha de prevalecer ésta y una de las vías para proteger la supremacía constitucional es la “Invalidatoria”, a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal.

<sup>1</sup> D. O. de 26 de agosto de 2005.

<sup>2</sup> Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República de Chile. Véase también en este mismo sentido el numeral 7 de la referida norma constitucional.

## 2. La Constitucionalización del derecho privado y en especial del derecho de familia

“Ejercer correctamente la jurisdicción constitucional implica que el resto del ordenamiento jurídico –derecho civil en este caso–, ha de ser interpretado en función de la norma constitucional”<sup>3</sup> conforme a las palabras de la excelentísima jurista trasandina doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, premisa a la cual agregaremos otra, a nuestro juicio de suma relevancia: nuestro ordenamiento jurídico constituye un todo unitario, en el cual la pirámide jerárquica es garantía de los derechos fundamentales, así toda norma que se incorpore a una ley debe guardar concordancia con el mandato constitucional. Por otra parte, entendemos que este todo jurídico unitario también puede graficarse con un círculo, pues toda modificación o derogación de un precepto legal y la incorporación de un principio fundamental inciden en el resto del ordenamiento jurídico, conforme a las propias normas de hermenéutica legal que contiene el Código Civil originario, a partir de sus artículos 19 y siguientes, siendo de especial relevancia, tal vez por una supremacía jurisprudencial que se le ha dado a los elementos gramatical e histórico, entender que existen paralelamente los elementos lógico y sistemático, sin perjuicio de los principios generales del derecho y de la equidad natural en materia de interpretación. Todo operador jurídico ha de interpretar la norma legal, en un caso concreto y particular, sobre la base de esta normativa que nos diera don Andrés Bello. En especial y para los efectos de la materia de este informe, cabe recordar las sabias palabras de Carlos Ducci Claro, quien nos decía que “al interpretar una ley pueden en teoría adoptarse dos criterios. Uno, que podríamos llamar histórico o subjetivo, que trata de reconstituir el pensamiento o voluntad del legislador. Otro, que se denomina normativo u objetivo, sostiene que la ley tiene una significación propia independiente del pensamiento de sus autores”. Agrega que “todos los autores modernos señalan el engaño de un criterio subjetivo...”, entre otras razones que nos da, argumenta “que la ley es la voluntad del Estado y ésta se manifiesta por la ley misma, y no por la opinión de los que participaron en su formulación”.<sup>4</sup> Así planteadas las cosas, podemos decir que la ley tiene vida propia y en esa trayectoria de su propia vida es confrontada al mandato constitucional, pues debe guardar concordancia con él.

Es pertinente recordar las palabras de don Andrés Bello vertidas en el Mensaje del Código Civil en materia filiativa, pues es esa materia la que es objeto de

<sup>3</sup> La Constitucionalización del Derecho Civil, Aída Kemelmajer de Carlucci, Profesora de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, Editorial Jurídica LexisNexis, Santiago de Chile 2005, pág. 1198.

<sup>4</sup> *Derecho Civil, Parte General*, Carlos Ducci Claro, Editorial Jurídica de Chile, página 109, Santiago de Chile, 1980.

cuestionamiento en el presente informe, aun después de grandes reformas legales, que si bien han importado un notable avance, aún contienen normas contrarias a los mandatos constitucionales. En efecto decía Bello que “la categoría de hijo legítimo es una de las más importantes que el Derecho Civil ha creado (nótese que se trataba de una ficción no ajustada a la realidad biológica), ¿cómo, pues, dejarla a la merced de las pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho a constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago incierto, en que una mujer se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar a un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo, por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido? El Derecho Canónico relajó en esta parte los principios del Romano; pero a la potestad temporal es a la que toca prescribir las condiciones necesarias para el goce de los derechos civiles”.

De estas palabras de Bello puede desprenderse que la filiación antes llamada legítima era una ficción basada en la presunción de paternidad. Cabe preguntarse hoy, si la presunción de paternidad en la filiación matrimonial, determinada por ley, ¿puede seguir basándose en ella, cuando hay pruebas biológicas determinantes que la descartan y que obviamente no eran conocidas en la época en que se dictó el Código Civil? ¿Puede presumirse padre quien biológicamente no lo es cuando ha mediado rompimiento del deber de fidelidad de la mujer? ¿Puede el legislador contrariar el derecho fundamental a la identidad biológica, estableciendo un corto plazo de caducidad para la acción impugnatoria de paternidad matrimonial, cuando la verdad biológica es otra? ¿Puede el supuesto padre engañado ser reputado padre, cuando conoce tardíamente que sus hijos no son sus hijos? ¿Puede el juez simplemente aplicar la letra de la ley y desconocer los principios constitucionales, frente a la constitucionalización del Derecho de Familia? ¿Puede sostenerse a toda costa una realidad formal, cuando ni siquiera existen afectos filiativos entre el padre formal y sus hijos supuestos? ¿Puede la madre biológica ocultar a sus hijos biológicos el conocer a su progenitor, sin incurrir en responsabilidad civil extracontractual? Los hijos, al conocer su verdad biológica, largamente ocultada, ¿sufrirán un daño psicológico irreparable? En el mismo mensaje, Bello nos daba la respuesta a tantas preguntas, pues de sus palabras puede deducirse que él estaba consciente de los cambios. En efecto, sus primeras palabras fueron: “Muchos pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y

aborda en sus libros II, III y IV el patrimonio, refiriéndose sólo incidentalmente a algunos derechos fundamentales, como lo son el derecho a la igualdad jurídica (art. 55) y el derecho a la vida del ser humano por nacer (art. 75), sin perjuicio de las normas en materia filiativa, las que si bien incorporan los derechos fundamentales, aun no receptan en su integridad el mandato constitucional. En el ámbito latinoamericano también encontramos importantes avances en este vuelco de las Constituciones, así, sólo por vía ejemplar, cabe mencionar la Constitución Federativa de Brasil de 1988, con todas sus enmiendas, que en materia familiar en su Título VIII, relativo al Orden Social, Capítulo II, relativo a los derechos familiares, consagra la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, la igualdad filiativa y el aseguramiento con absoluta prioridad de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a la vida, la salud, la alimentación, la profesionalización, la cultura y la convivencia familiar.<sup>9</sup> En este mismo sentido, cabe mencionar la Constitución Política de Colombia de 1991,<sup>10</sup> que en lo que respecta a este informe establece la igualdad filiativa. Otro tanto se plantea en la Constitución Nacional del Paraguay de 1992, que asegura la libre investigación filiativa, y la maternidad y paternidad responsables.

Nuestro país, lejos de estar aislado de este nuevo escenario, se suma a esta temática no sólo a través del reconocimiento a la dignidad de las personas (art. 1º) y a la consagración de los derechos y deberes constitucionales receptados en su Capítulo III, modificado, entre otras, por la Ley N° 19.611, con lo cual, viene a llenar un sensible vacío de la legislación civil, pasando a contener verdaderas normas civiles constitucionales, dado que el Derecho Civil siempre se ha definido como el conjunto de normas y principios jurídicos relativos a la PERSONA, la FAMILIA y al PATRIMONIO. Es así como la doctrina llama a estas reglas jurídicas "normas civiles constitucionales". En este sentido, Julio César Rivera sostiene que se trataría de la incorporación del Derecho Civil a la Constitución.<sup>11</sup>

Un hito fundamental en este proceso lo constituye la reforma constitucional de 1989<sup>12</sup> al incorporar el inciso 2º al artículo 5º de la Carta Fundamental, conforme al cual el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por lo tratados internacionales ratificados por Chile y que

<sup>9</sup> Constitución Federativa de Brasil de 1988 en: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitucion/Brasil/99.html>.

<sup>10</sup> Impreandes S.A., Bogotá, Colombia, 1991.

<sup>11</sup> "Derecho Privado en la Reforma Constitucional", Julio César Rivera en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, República Argentina, 1994, páginas 36-37.

<sup>12</sup> Ley N° 18.825, D.O. de 17 de agosto de 1989.

se encuentren vigentes. Entre tales tratados y para los efectos de este informe resultan especialmente relevantes la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, conocido también como Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigentes en Chile la primera desde el año 1990 y la segunda desde el año 1991. Como garantía fundamental, las mencionadas convenciones aseguran la no discriminación de las personas en torno a su nacimiento, entre otros factores, es decir, cualquiera sea el estado civil de los progenitores, la determinación de su filiación ha de guiarse por los mismos principios, en la especie, por la verdad biológica por sobre la verdad formal.<sup>13</sup>

Es del caso agregar que la mayoría de la doctrina nacional está conteste con que estos tratados a que alude el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa. En este sentido el profesor y constitucionalista Salvador Mohr expresa que: “su desconocimiento puede eventualmente derivar en una infracción de la Constitución”, y agrega, en materia de poder vinculatorio, que “supeditar la obligatoriedad de las normas de este tipo de convenciones a la materialización de modificaciones normativas internas, ... significaría condicionar la vigencia de los derechos humanos al cumplimiento de una condición puramente potestativa, favoreciéndose con ello el fraude a la Constitución, que al establecer el mandato de respeto y promoción de los derechos humanos, lo hace en términos absolutos”.<sup>14</sup>

## 2.2. La Constitucionalización del Derecho de Familiar en particular

El fenómeno jurídico descrito en el acápite anterior no ha dejado indiferente al legislador. En efecto, como respuesta a la “privatización del Derecho Constitucional” ha surgido la “constitucionalización del Derecho Privado”, en este caso, del Derecho de Familia. Ejemplos en este sentido son numerosos y se generan en el siglo pasado y en el presente. Podemos citar, sólo por vía ejemplar, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil de Portugal de 1966, el Código Civil de Perú de 1984, el Código Civil de la Niñez y de la Adolescencia del Perú, de 2000, el Código de la Niñez y de la Adolescencia del Ecuador, de 2003, entre otros tantos. Así en materia de interpretación, el Código de la Niñez y de la Adolescencia de Bolivia de 1999 prescribe, asumiendo o rescatando aquello de que se preocupa el Derecho de Familia, que “las normas del presente Código

<sup>13</sup> Véanse artículos 2° párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, sin perjuicio que reconocen la identidad biológica, independientemente del nacimiento fuera o dentro del matrimonio, los artículos 2 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>14</sup> Véase *Revista de Derecho*, Santiago, Universidad Central, 1991, publicada a propósito de las Segundas Jornadas de Derecho Procesal Constitucional.

deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las convenciones, tratados internacionales vigentes y las leyes de la República". Esta llamada a interpretar la ley a la luz de las normas fundamentales es reiterada en el Derecho comparado, y se plasma literalmente por primera vez en nuestro país en el artículo 234 del Código Civil, que si bien relativo al derecho función de corrección de los progenitores respecto de sus hijos, señala que "los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. **Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño**".<sup>15</sup> Con esta reforma legislativa, la interpretación de la norma legal filiativa ha de realizarse conforme al respeto de los derechos fundamentales garantizados en la mencionada convención, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad personal estática biológica, como se analizará más adelante. Este enorme adelanto del legislador está conteste con los principios de supremacía constitucional y de unidad del ordenamiento jurídico.

### 3. El derecho a la identidad personal

El llamado "Nuevo Estatuto Filiativo"<sup>16</sup> introduce en nuestro ordenamiento jurídico un cambio radical y recoge tres principios generales del Derecho que se inspiran en el reconocimiento, promoción y vigencia de los derechos fundamentales en la materia; aquellos son los de igualdad, interés superior del niño y del adolescente y el de la identidad biológica.<sup>17</sup> Centraremos este informe en este último, sin perjuicio que ocasionalmente haremos referencia a los otros.

"El derecho a la identidad personal, a juicio del profesor Carlos Fernández Sesarego, se diferencia del derecho a la identificación y comienza a constatar su existencia en la segunda mitad de la década de los años setenta en el siglo pasado, pues los derechos fundamentales no conocen un sistema cerrado y pueden definirse escuetamente así: *el ser humano es idéntico a sí mismo*. Su antecedente es la dignidad y la libertad humana, pues esta última hace que el ser humano sea creativo, proyectivo, único e irrepetible. La autenticidad y la verdad son base de la identidad real. La identidad se integra por una pluralidad

<sup>15</sup> Artículo 3° de la Ley 20.286, que introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, D. O. de 15 de septiembre de 2008.

<sup>16</sup> Ley N° 19.585, D. O. de 26 de octubre de 1998, vigente desde el 27 de octubre de 1999.

<sup>17</sup> Véase Paulina Veloso Valenzuela, "Principios Fundamentales del Nuevo Estatuto de Filiación" en: *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela, ConoSur, LexisNexis-Chile, Santiago de Chile, 2001, págs. 9-80.

de elementos, todos y cada uno de los cuales hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este conjunto de características o atributos se proyectan unitariamente hacia el mundo exterior, se fenomenalizan y hace posible que los demás conozcan la identidad de la persona, de cada persona en su “mismidad”, en lo que ella es en tanto específico ser humano. La identidad se forja en el pasado, desde la misma concepción del ser humano donde se encuentran sus raíces y parte de sus condicionamientos hasta el fin de su existencia. Los atributos y las características que en su unidad constituyen la identidad de cada cual, que definen su personalidad, pueden tener la calidad de elementos estáticos, que son permanentes e invariables, o dinámicos, esto es, cambiantes. Entre los primeros encontramos el genoma humano, las huellas digitales, el sexo cromosómico, el nombre, la imagen. Entre los segundos, podemos mencionar las características de la personalidad, el temperamento de cada uno, las ideas religiosas o políticas, entre otros. Así el derecho a la identidad personal se presenta como un interés existencial digno de protección jurídica. **La persona tiene el derecho a ser representada fielmente, en lo que ella es, sin desnaturalizaciones, alteraciones, desfiguraciones, distorsiones o falseamientos de sus atributos tanto estáticos como dinámicos.**

Así el derecho a la identidad implica el derecho de la persona a la propia biografía. Se trata en la especie de un derecho autónomo que comprende otros derechos que tutelan diversos aspectos, tales como los derechos al nombre y a la imagen que tutelan diversos elementos de la persona, cuya sumatoria nos da como resultado el perfil de la identidad personal”.<sup>18</sup>

#### **4. La filiación y el derecho a la identidad personal**

Francesco Messineo señala que “filiación es la relación existente entre el nacido y el progenitor, en virtud de la cual el primero se dice hijo del segundo, esto es, se atribuye el estatus de hijo y adquiere los derechos y deberes inherentes a tal estado. De la relación de filiación, es **simétrica** la de paternidad o maternidad, en virtud de la cual el sujeto adquiere el estatus de padre o madre del nacido”.<sup>19</sup> De esta definición se advierte que en la filiación por naturaleza<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Constituyen estas palabras extractos de la obra *Derecho a la Identidad Personal*, de Carlos Fernández Sessarego, Editorial Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 1992.

<sup>19</sup> Véase en *Derecho Civil*, T. VI, “Derecho de Familia”, Vol. III, de Fernando Fueyo Laneri, Universo, Valparaíso, 1959, página 305.

<sup>20</sup> Es del caso recordar que el Código Civil chileno distingue entre la filiación por naturaleza, esto es, aquella que corresponde a la realidad biológica, ya sea matrimonial o no matrimonial, de la filiación adoptiva, que es una filiación ficticia creada por el legislador para ir en acogida, amor, afectos de aquellos tantos niños y niñas en estado de abandono. Así resulta del artículo 179 al prescribir: “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”.

está presente el acto procreativo del padre y de la madre y que por ello al momento de la fecundación se genera el vínculo biológico y se plasma el código genético. Determinada legalmente la filiación, esos efectos se retrotraen a la época de la concepción, con lo cual el Código Civil chileno concibe como sujeto de Derecho al *nasciturus*.<sup>21</sup> Así las cosas, el estado civil determinado por las vías señaladas por la ley debe coincidir en la filiación por naturaleza con la filiación biológica, pues esa filiación biológica integra el derecho a la identidad estática que dará lugar a la coparentalidad. El derecho a la identidad biológica pertenece al hijo procreado, pero también son titulares de él los progenitores, es así como este derecho esencial, que da lugar a un estatus jurídico, esto es, de hijo, de padre y de madre, es recíproco. De allí se entiende el empleo de la expresión “**simétrica**” que utilizó Messineo en su definición. En pocas palabras, podríamos afirmar que cada hijo o hija tiene el derecho inalienable a conocer su origen biológico, y cada padre y cada madre tienen el derecho fundamental de conocer a quienes procrearon en la filiación que el Código Civil denomina por naturaleza, **cualquiera sea la edad de los hijos o de los progenitores verdaderos**. De lo contrario, el derecho a la identidad personal en su aspecto estático estaría gravemente violentado. Es por ello que la ley no puede falsear el reconocimiento de un derecho que emana de la naturaleza humana.

En este mismo sentido, es atinente mencionar la definición de filiación por naturaleza que da el jurista argentino Julio López del Carril, que reza así: “**la filiación es un hecho biológico, es la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró**”, pues “**todas las personas tienen padre y madre, aun cuando éstos sean desconocidos**”.<sup>22</sup> Resulta claro que la filiación es ante todo un hecho biológico. Lo relevante para el Derecho es que sea conocida la relación filial y que ese conocimiento se base en la verdad, por ello los mecanismos o vías que establece la ley para determinar la filiación por naturaleza deben fundarse en el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad,

<sup>21</sup> Así lo dispone, con restricciones patrimoniales, las únicas que son susceptibles de prescripción, el artículo 181: “La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo”. CONSTITUYE ESTA DISPOSICIÓN UNO DE LOS MÁS GRANDES ADELANTOS DEL LEGISLADOR CHILENO, PUES AHORA A NIVEL LEGAL, LO QUE A NIVEL CONSTITUCIONAL NO ERA DISCUTIBLE, EL SER HUMANO POR NACER TIENE CAPACIDAD DE GOCE, TIENE PERSONALIDAD JURÍDICA, EN DEFINITIVA, ES SUJETO DE DERECHO.

<sup>22</sup> *La Filiación y la Ley* 23.264, Julio J. López del Carril, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1987, página 26. Es relevante destacar en esta misma obra la definición de filiación que da Rébora y que cita Del Carril (página 25) y que reza así: “NO HABRÁ PROCREACIÓN, NATURALMENTE, SIN UNA CONJUNCIÓN SEXUAL DETERMINANTE Y CONDIGNO PROCESO DE FECUNDACIÓN, GESTACIÓN Y ALUMBRAMIENTO. PERO SIEMPRE QUE LA HAYA, ELLA SE PROYECTARÁ SOBRE EL CAMPO DEL DERECHO BAJO EL ASPECTO DE UNA RELACIÓN ENTRE EL INDIVIDUO PROCREADO Y SUS PROGENITORES, RELACIÓN QUE, CONTEMPLADA DESDE LA POSICIÓN DEL PRIMERO, SE DENOMINARÁ FILIACIÓN, Y, DESDE LA OPUESTA, POR ANTONOMASIA, SE DENOMINARÁ PATERNIDAD”.

principio que vino a sustituir aquel establecido en el Código Civil napoleónico en que se prohibía dicha investigación y que inspirara al codificador chileno del siglo XIX.

En definitiva, en la filiación por naturaleza, matrimonial o no matrimonial, tanto la vía legal, negocial o judicial que el Código Civil establece para su determinación, deben ir hacia la verdad, pues siendo por naturaleza, determinada que sea y sustentada en la realidad biológica, mirada desde el hijo habrá filiación, y mirada desde los progenitores, habrá maternidad y paternidad. Desde ese momento, y retroactivamente, sin perjuicio de la procedencia de la prescripción **sólo en materia patrimonial**, tiene lugar la coparentalidad, esto es, la responsabilidad parental compartida de los progenitores de criar, educar y asistir a sus hijos, todos los cuales importan deberes de alto contenido ético que escapan a los principios que sustentan el Derecho Patrimonial; los derechos funciones de dirigir su educación, lo que importa entre otros, la transmisión de valores hacia la autodeterminación de los hijos;<sup>23</sup> de corregirlos, de convivir con ellos, salvo en caso de ruptura de los progenitores, en que la convivencia bien entendida importa una tuición o cuidado personal compatible con una relación directa y regular. Estos derechos funciones también son de contenido ético. Por otra parte, aunque aquello debiera ser recíproco, los hijos deben obediencia a sus progenitores, y desde luego asistencia. Así también, corresponde a los progenitores administrar y gestionar los bienes de sus hijos, respetando su interés superior, esto es, entendiéndolo que son sujetos de Derecho y no cosas. En lo que respecta a la representación legal y a su atribución, en caso de progenitores que no viven juntos, independientemente de su estado civil, el mismo interés superior de los hijos, impone a su representante legal accionar en sede judicial, para que los hijos conozcan su realidad biológica, en definitiva, pesa sobre los adultos en este caso respetar el derecho a la identidad genética. Este mandato hacia los progenitores no puede ser obstaculizado por la ley, pues dada la redacción del artículo 222 inciso 2° del Código Civil, el interés superior del niño, niña y adolescente informa el estatuto filiatorio y en general el ordenamiento jurídico nacional (como supranacional, consecuencia de la internacionalización del Derecho) y tiene jerarquía constitucional conforme resulta de armonizar los artículos 1°, 5° inciso 2° de la Carta Fundamental y 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el 27 de septiembre de 1990, día de su publicación en el Diario Oficial y cuyo tenor es el siguiente: 1. "En todas

<sup>23</sup> Notable en este aspecto es el nuevo inciso segundo del artículo 222 del Código Civil chileno, que no está allí de adorno, sino que importa una norma imperativa. Aquella disposición prescribe y no sugiere: "LA PREOCUPACIÓN FUNDAMENTAL DE LOS PADRES ES EL INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO, PARA LO CUAL PROCURARÁN SU MAYOR REALIZACIÓN ESPIRITUAL Y MATERIAL POSIBLE, Y LO GUIARÁN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ESENCIALES QUE EMANAN DE LA NATURALEZA HUMANA DE MODO CONFORME A LA EVOLUCIÓN DE SUS FACULTADES".

las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Cabe recordar que para los efectos de la aplicación de esta Convención, es niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.<sup>24</sup>

Para que los progenitores puedan hacer valer el derecho esencial a la identidad biológica de sus hijos en sede judicial, la institucionalidad chilena debe subsanar las inconsistencias legales invalidando las normas jurídicas que obstaculizan este deber, pues se trata en la especie de un derecho consustancial a los seres humanos que se fundamenta, como todo derecho esencial, en la dignidad humana. Para aquello debe tenerse presente que:

1° El principio del interés superior del niño, niña y adolescente no es lo que al niño le conviene en términos vulgares, o lo que es mejor para él, sino que es entender que es sujeto de Derecho en vías de autodeterminarse conforme a la evolución de sus facultades. En efecto, el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, "La Familia y los Nuevos Paradigmas", la Comisión N° 2, cuyo tema fue "El niño como sujeto de Derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas", concluyó en cuanto al contenido del principio del interés superior del niño que éste es "el pleno reconocimiento de sus derechos".<sup>25</sup>

2° Poco faltaba desde la celebración de aquel Congreso que congregara a miles de juristas del mundo, para la dictación del Nuevo Estatuto Filiatorio en Chile, que consagra aquel principio, pero que aun no es entendido por los destinatarios a que hace referencia el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aquello se logra recién a nivel legal, aclaremos, porque a nivel constitucional, el principio estaba vigente desde el año 1990, con la dictación de la Ley N° 19.968,<sup>26</sup> que crea el fuero de familia que reemplaza los Tribunales de Menores, los que cesan en su totalidad el 31 de diciembre de 2008. En efecto, con claridad, con precisión, con un entendimiento cabal,

<sup>24</sup> Véase artículo 1 de la Convención.

<sup>25</sup> Celebrado en la ciudad de Mendoza entre los días 20 a 24 de septiembre de 1998, República Argentina.

<sup>26</sup> D. O. de 30 de agosto de 2004, recientemente modificada por Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008.

el artículo 16 inciso 1° de la mencionada ley prescribe: **“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”**.

Con esta norma legal se recepta el contenido del interés superior del niño, niña y adolescente, ya consagrado constitucionalmente, con una claridad absoluta. Por lo cual, no puede entenderse como un concepto indefinido o impreciso como en muchas ocasiones la propia ley o la justicia lo han entendido, sino que de aprehender que sus derechos esenciales, aquellos que emanan de su naturaleza humana, están garantizados en tanto a su goce y ejercicio efectivo y por lo tanto, el fuero de familia debe actuar en consecuencia. Dentro de esos derechos esenciales, previos a cualquier regulación estatal, está su derecho a la filiación biológica que tiene, como hemos sostenido en otra parte de este informe, **como correlativo el derecho consustancial de los progenitores a su paternidad y maternidad biológicas**, pues otros derechos esenciales pueden depender de una falsa filiación, aun amparada por la ley, como los derechos al nombre, a la información genética, de gran relevancia en caso de ciertas enfermedades, e incluso a la nacionalidad.

## **5. El derecho a la identidad biológica en el Código Civil chileno**

### **a. Análisis de su consagración en el Código Civil a partir de la dictación del Nuevo Estatuto Filiatorio y sus reformas legislativas posteriores**

Las fuentes directas de Derecho comparado de la Ley N° 19.585, vigente desde el 27 de octubre de 1999, fueron la ley argentina N° 23.264, de 1984 (B. O. de 23 de octubre de 1985), normativa que a su vez siguió a la ley española N° 13, de mayo de 1981 (B. O. E. n 119 de 19 de mayo de 1981), con lo cual es sabido que el Proyecto de Ley que propuso modificar el Código Civil y otros cuerpos legales en materia filiativa se basó en ambas legislaciones, todo ello, según consta del Boletín N° 1.060-07. Es relevante para este informe recordar el Mensaje con que S. E. el Presidente de la República iniciara este proyecto, conforme al cual se sentó la premisa –aunque después hubo un cambio de nombre en lo que respecta a la filiación por naturaleza no matrimonial– que “el proyecto admite que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, entendiendo por la primera aquella que existe cuando los padres están unidos en matrimonio al tiempo del nacimiento o de la concepción del hijo, y por la segunda, en cambio, cuando la concepción y el nacimiento se ha producido fuera del matrimonio, sin que lo anterior dé lugar a ninguna otra diferenciación que no sea la que aquí se ha dicho, esto es, el régimen de determinación de la

filiación". Se agrega en el Mensaje que "la única distinción que se hace en el proyecto es la que necesariamente resulta de la determinación de la filiación, ya que para el establecimiento de ésta no puede ignorarse que el matrimonio otorga un principio de certeza, que permite presumir la paternidad del marido. Este hecho ha de influir –como es fácil observar– en el régimen jurídico a que se sometan las acciones de impugnación de una filiación matrimonial, de aquel que se establece para el supuesto de una acción reclamatoria".<sup>27</sup> Es en esta idea en que comienza el grave problema que puede generarse con la presunción de paternidad, que ya ha de adelantarse, es simplemente legal, pues la prueba en contrario a través de la comprobación científica de la verdad biológica es improcedente cuando falseada la realidad, se accede a ella tardíamente, cuando la acción impugnatoria ya ha caducado. Lo anterior es más grave aún, pues el fuero de familia ha de apreciar la prueba conforme a la sana crítica, y aquí aquello es improcedente, cuando ha operado la caducidad de la acción impugnatoria, lo que nos lleva a una antinomia insalvable entre el mandato legal y el constitucional en materia de identidad biológica.

Es de suma importancia entender además que el derecho a la identidad personal estática biológica es simétrico. En efecto, "el emplazamiento filial falso lesiona el derecho a la identidad del marido, que comprende su derecho a la verdad en cuanto a su lugar y vínculos familiares. En este sentido es de señalar que la justicia ha reconocido que el derecho a la identidad no sólo pertenece a los niños, sino también a las personas mayores, derecho este de jerarquía constitucional (artículos 33 y 75 inciso 17 y 19, CN).<sup>28</sup> Así, la identidad genética afecta a todos los que están enlazados por un determinado vínculo de parentesco".

Para concretar el derecho a la identidad biológica el legislador chileno modifica el Código Civil, entre otros cuerpos legales, el año 1998, en los que son atinentes para este informe, los nuevos Títulos VII y VIII del Libro I, denominado el primero "De la Filiación" y el segundo, "De las Acciones de Filiación". Siendo el ordenamiento jurídico un todo unitario, en la tarea interpretativa no debe olvidarse el elemento sistemático, menos aún, el lógico. Desde este punto de vista, es relevante analizar la estructura de estos dos títulos del Libro I del Código Civil, para tratar de desentrañar sus antinomias, pues "el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".<sup>29</sup>

<sup>27</sup> "Filiación Matrimonial y Filiación no Matrimonial: Fundamento y Alcance de esta distinción en la Nueva Legislación", Claudia Schmidt Hott en: *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, LOM Ediciones, páginas 155 y siguientes.

<sup>28</sup> Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba, 23/10/02, LL, 2000-C-300 y LLC, 2003-650 consultado en: *Derecho Constitucional de Familia*, Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, República Argentina, 2006, página 780.

<sup>29</sup> Artículo 22 inciso 1° del Código Civil.

Uno de los derechos fundamentales que desarrolla el Título VII del Libro Primero del Código Civil es el de identidad personal estática biológica, para lo cual el legislador dividió el mencionado título en cuatro párrafos. El primero de ellos se denomina "Reglas Generales", esto es, se trata de una normativa que informa al resto del Título. Es allí donde consagra la filiación por naturaleza, basada en la sangre, ya medie o no matrimonio entre los progenitores, pues los hijos son iguales ante la ley según mandato legal y constitucional.<sup>30</sup> Esa filiación por naturaleza se opone a la filiación legal o filiación adoptiva. Este título establece dos fuentes declarativas de filiación, la ley y el reconocimiento, distinguiendo además entre la determinación de la maternidad, ya sea matrimonial o no matrimonial, que entre sus requisitos **siempre exige la identidad del hijo y de la mujer que lo dio a luz**, y la determinación de la paternidad, en que se distingue entre la matrimonial y la no matrimonial. Si bien, siempre se ha sostenido que la maternidad es cierta, hoy puede no serlo, como sucede en el supuesto de inseminación artificial heteróloga, por ejemplo, en que el legislador no profundizó en el tema y dio una solución contraria al principio de identidad biológica, dejando pendiente el debate, incluso legislando con cierto apuro.<sup>31</sup> En cambio, tratándose de la paternidad, en el párrafo 3 estableció la presunción de paternidad que se le atribuye al marido de la mujer, aunque el hijo haya nacido a las horas de celebrado el matrimonio, sólo por ser el marido. Si bien aquello puede entenderse y aceptarse, como una presunción que data del Derecho Romano y que es de aplicación general en los ordenamientos jurídicos occidentales, **lo que no puede obstaculizarse es que se le desvirtúe a través de la acción impugnatoria, cuando esa paternidad así presumida legalmente no obedezca a la verdad y aquello ha de proceder en todo tiempo, sin que sea posible establecer plazos de caducidad.** Si la normativa civil obstaculiza el conocer la verdad, deviene en inconstitucional, toda vez que la acción impugnatoria se encuentra enmarcada en los nuevos paradigmas del Derecho de Familia, que se sustentan en la dignidad humana y más aún se le define como aquella que "tiene como objeto que el Tribunal declare que es inexacta una filiación que se ostenta. Está dirigida a que se deje sin efecto un estado civil que se ejerce respecto de determinada persona".<sup>32</sup> En tanto que la acción reclamatoria "está dirigida a que el Tribunal declare la existencia de una determinada filiación. Se persigue que se declare el estado civil de hijo respecto de determinada persona, y correlativamente que se declare el estado de padre o madre de una persona".<sup>33</sup> Como se ha venido

<sup>30</sup> Artículos 33 del Código Civil y 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

<sup>31</sup> Artículo 182 del Código Civil.

<sup>32</sup> Definición dada por la profesora y abogada Paulina Veloso Valenzuela. Véase *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela, LexisNexis-Chile, Santiago de Chile, 2001, página 135.

<sup>33</sup> *Íd.*

sosteniendo, el derecho a la identidad biológica es simétrico. Ambas acciones no crean un derecho, sino que garantizan un derecho consustancial al ser humano, persiguen el mismo fin, cual es, el derecho a conocer la verdad. Por ello, necesariamente deben tener las mismas características y regirse por los mismos principios generales del Derecho. Si así no fuera, la igualdad ante la ley no está garantizada, y nos encontramos con una discriminación que toma como factor el nacimiento dentro o fuera de matrimonio, para obstaculizar la efectivización de un derecho indisponible, irrenunciable, imprescriptible y que escapa de las reglas que regulan el Derecho Patrimonial. **“Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Debe prevalecer sobre todo ritualismo formal el derecho de alcanzar la verdad material u objetiva que es la de la identidad biológica, postergando la intimidad de los padres”.**<sup>34</sup>

Dado lo aseverado, es necesario tener presente que las características de las acciones filiatorias dicen relación con la identidad personal, y por ello sus titulares son los involucrados en el lazo sanguíneo, sin perjuicio de excepciones que estableció el legislador con las cuales no estamos completamente de acuerdo. En efecto, si nos trasladamos al Título XVII del Código Civil, “De las Pruebas del Estado Civil”, esta aseveración es ratificada por los artículos 317 y 320. Señala el primero que “legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo”, sin perjuicio de la legitimación activa y pasiva de los herederos, que consideramos acertada, pues a ellos también les afecta lo que el Código Civil llama cuestión de paternidad y de maternidad, toda vez que la verdad biológica forma parte de su biografía y de su código genético. Sin embargo, y aunque aquello no sea propiamente tema del presente informe, consideramos que el legislador debió actuar con más cautela, pues es heredero en el último orden sucesorio intestado el Fisco y no estimamos que pueda ser legitimado activo o pasivo de una acción filiatoria. Por su parte, el artículo 320 viene a contradecir toda posibilidad de violentar el derecho a la identidad biológica al prescribir que “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce”. Esta disposición importa una abierta contradicción insalvable con la regulación que el legislador hace de la acción impugnatoria de paternidad matrimonial,

<sup>34</sup> “El derecho del menor a su identidad y las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial”, Alicia María Castro y María Patricia Sesin en: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “La Familia y los Nuevos Paradigmas”, Comisión II “El niño como sujeto de Derecho”, Mendoza, 20-24 de septiembre de 1998, República Argentina.

especialmente en los artículos 212, 213, 214 y 215, todos los cuales desconocen el derecho a conocer la verdad biológica, al establecer la caducidad de la acción impugnatoria, aunque haya mediado engaño, mala fe de la madre, sorpresivamente descubierta tardíamente. Aquello es más grave aún cuando se rechaza una prueba pericial biológica de ADN excluyente de paternidad y se aleja la judicatura de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica. Esta inconsistencia queda del todo manifiesta, cuando la acción impugnatoria se ejerce conjuntamente con la reclamatoria, pues en ese supuesto, conforme al artículo 208 del Código Civil, se vuelve a la intangibilidad del derecho a la identidad biológica. Surgen inmediatamente algunas preguntas de gran impacto psicológico, tales como: ¿tiene derecho la madre a ocultar la identificación del verdadero padre cuando los hijos ya están en conocimiento real de esta verdad? Desde el punto de vista jurídico, existe el deber general de no dañar a otro, y la respuesta sería un supuesto de daños resarcibles no sólo patrimoniales, sino que fundamentalmente inmateriales, tanto morales, psíquicos y por sobre todo, el daño al proyecto de vida, que es permanente. El hecho antijurídico consiste en la atribución de un estado civil inexacto. Desde el punto de vista psicológico, la especialista en infancia y adolescencia Françoise Dolto señala “la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse”.<sup>35</sup>

En el Título VIII, “De las Acciones de Filiación”, del Libro I del Código Civil, el legislador, dando cumplimiento a un mandato constitucional, estableció en el párrafo 1 los resguardos para la efectivización del derecho a la identidad, que siendo un derecho esencial, debe tener lugar a todo evento. Esos resguardos son los siguientes:

1º Principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad que viene a sustituir el régimen restrictivo anterior, principio cuyo fin es llegar a la verdad y que se consagra en el artículo 195. Este principio puede considerarse enmarcado dentro de la garantía constitucional del acceso a la justicia que implica obtener una resolución del tribunal, la cual debe ser de fondo, fundada y congruente. En lo que atañe a la congruencia, el juez debe fallar de acuerdo a las peticiones de las partes, en el entendido que el ordenamiento jurídico es un todo, sobre la base de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, en consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

<sup>35</sup> Citada en *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., páginas 799-800.

Es más, su sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia. Este mandato contenido en el artículo 32 de la ley que crea los Tribunales de Familia es posterior a la dictación del Estatuto Filiatorio, y viene a llamar al juez a apreciar la prueba pericial biológica de acuerdo a los conocimientos científicos afianzados, que en el supuesto de peritajes excluyentes de paternidad matrimonial, no pueden ser desestimados frente a una presunción simplemente legal, aunque la ley haya establecido la caducidad de la acción impugnatoria, cuya inconstitucionalidad queda aún más de manifiesto. Llegar a una conclusión contraria sería simplemente entender que el juez es un simple aplicador mecánico de la letra de la ley y que el mandato contenido en el artículo 32 de la ley que establece el Fuero de Familia es simplemente programático, lo que es del todo insostenible.

2° Amplia admisibilidad de medios de prueba, conforme lo señala el artículo 198, respecto de los cuales el juez es llamado incluso a decretarlos de oficio. Desde luego, se descarta la prueba testimonial como suficiente por sí sola, y en materia de presunciones, la disposición se remite al artículo 1712. Sin embargo, la reina de las pruebas es el peritaje, tanto es así, que el denominado nuevo estatuto filiatorio debió ser modificado recientemente por la Ley 20.230,<sup>36</sup> pues se entiende que la verdad biológica en el supuesto de duda sólo puede ser acreditada de acuerdo a los medios científicos afianzados, los cuales están representados por el examen de ADN a cargo de las respectivas unidades de genética forense, ya sea del Servicio Médico Legal u otro laboratorio idóneo. Es así como el artículo 199 en su nueva redacción prescribe acertadamente que “las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico”.

“El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad, o para excluirla”.

“En todo caso, el juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informadas al tribunal”.

<sup>36</sup> De fecha 5 de julio de 2005.

“La negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda”.

“Se entenderá que hay negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización del examen. Para este efecto, las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción señalada en el inciso anterior”.

Los dos incisos anteriores, si bien plasman una presunción legal, se justifican, pues por sobre el derecho a la intimidad prevalece el derecho a la identidad. Con todo, la probabilidad del emplazamiento filial es alta, pues la negativa ni siquiera podría ampararse en el derecho a la integridad física, toda vez que el examen requiere de una mínima invasión al propio cuerpo, como es sabido. Negarse por negarse, demuestra mala fe y quien se niega conoce las consecuencias jurídicas de su conducta.

Interesante en este aspecto también resulta el artículo 199 bis, introducido por la Ley N° 20.030, que establece una especie de reconocimiento, pero judicial, sobre la base de la práctica de una prueba pericial biológica. Si bien restringida a la acción reclamatoria, en una interpretación sistemática debe entenderse aplicable a la acción mixta regulada en el artículo 208 y por ende, a la acción impugnatoria.

Lo que puede desprenderse de esta reforma legislativa es la importancia de la prueba pericial biológica, prácticamente determinante. Hoy es el único medio que en el supuesto de duda conduce a la verdad irrefutable.

**Cabe concluir que estas normas generales informan las acciones filiatorias, por lo cual, las normas contrarias a ellas contenidas en los demás párrafos del mentado Título VIII, obstruyen el derecho a la verdad que tiene tutela constitucional, y son por lo mismo inconstitucionales y en el deber ser, han de invalidarse.**

**b. La caducidad de la acción impugnatoria pugna con la protección del derecho a la identidad personal estática biológica. Su necesaria invalidación**

La presunción de paternidad matrimonial de carácter simplemente legal a que alude el artículo 184 del Código Civil parte del Derecho Romano y subsiste en la Edad Media y la Moderna y es contemplada aún por muchas legislaciones civiles. Los antecedentes conocidos de los cuales la ley deduce la presunción son el matrimonio con la madre a la época de la concepción o del nacimiento del

hijo, la maternidad determinada conforme al artículo 183 del Código Civil y la fidelidad de la mujer. Su mantenimiento en el ordenamiento jurídico nacional es conveniente, desde el momento en que un hombre y una mujer deciden unirse en matrimonio, lo hacen para emprender una trayectoria común basada en los deberes y derechos esenciales que genera el matrimonio y que recepta el mismo Código Civil a partir de los artículos 131 y siguientes. Pero lo que no consideramos ajustado a la norma constitucional es que existiendo dudas acerca de la paternidad por hechos revelados después de largo tiempo, como por ejemplo cuando los hijos tienen más de diez años, y que se confirman por la prueba pericial biológica del ADN que excluye definitivamente la paternidad, aquella no pueda ser impugnada, pues la acción ha caducado, y siendo una acción filiatoria, ésta no puede caducar según lo que se ha venido sosteniendo en el presente informe, toda vez que el derecho a la identidad biológica, que es simétrico, es consustancial al ser humano, tiene recepción constitucional, y no puede el legislador prohibir su procedencia, menos aún cuando este hecho ya es conocido por los hijos involucrados, quienes han conocido su verdad genética y quienes ya perdieron lazos afectivos con el progenitor "legal". En este sentido, sostenemos que algunas de las normas del Código Civil chileno son inconstitucionales, y por ello, que los artículos 212, 213, 214 y 215 deben invalidarse, pues esas normas establecen la caducidad de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial. Es más, se llega incluso a señalar por los operadores jurídicos que dicha acción prescribe de acuerdo a esos artículos, en circunstancia que la prescripción extintiva no tiene cabida en el Derecho de Familia Filial, como tampoco la caducidad, pues en esta área del Derecho Civil relativo al Derecho a la Persona, están tutelados los antes llamados derechos de la personalidad, que por lo mismo son inherentes al ser humano sólo por ser tal, se trata en la especie de derechos esenciales, que al legislador sólo compete reconocer y garantizar.

### **c. La posesión notoria como medio probatorio dentro de un juicio filiatorio**

Conforme al artículo 201 del Código Civil, la posesión notoria de hijo constituye un medio probatorio dentro del juicio filiatorio que incluso prefiere a la prueba pericial biológica del ADN, pese a la filosofía de la verdad biológica que inspiró la dictación de la Ley N° 20.230, basada en el caso del interés superior del niño, niña o adolescente, cuyo concepto ya hemos delimitado. Es verdad que muchas veces el falso padre matrimonial puede ser más padre que el biológico, pero cuando aquello no se da, cuando los vínculos afectivos no existen, ni de parte de los hijos ni de parte del falso padre matrimonial, el daño psicológico a que se ven expuestos los niños y adolescentes son gravísimos, pues incidirán en el desarrollo de su personalidad, sentirán el abandono afectivo no sólo del padre biológico, cuya identificación se ha guardado la madre, o la ha dado a

conocer tardíamente, sino que además sentirán el desapego afectivo de su falso padre, sin perjuicio del propio daño material e inmaterial que sufre éste. Siendo menores de edad los hijos, el representante legal, en el supuesto de separación de hecho, es el que detenta la tuición de los hijos conforme lo disponen los artículos 225 y 245, ambos incisos 1° del Código Civil. En este supuesto, si la madre, representante legal de los hijos menores, tiene un interés puramente económico en mantener una mentira, más allá del bienestar psicológico de los hijos, y permanece en la inercia, pues simplemente no ejerce la acción mixta a que alude el artículo 208 en interés del hijo, posibilidad que si bien no está en la letra de la ley, la doctrina sí la acepta. En efecto, señala la profesora Paulina Veloso<sup>37</sup> que, conforme a las reglas generales, no habría inconveniente para ello, aunque la letra de la ley sólo la considera para la acción reclamatoria en filiación no matrimonial. Así la madre debe, en interés del hijo, intentar la acción reclamatoria en contra del progenitor biológico y la acción impugnatoria en contra del falso padre. De no hacerlo, incurre en responsabilidad civil, en que la conducta antijurídica consiste en obstruir el derecho a la identidad biológica. Tampoco podría ampararse la madre en la posesión notoria de hijo, toda vez que aquella requiere de los clásicos tres elementos universales, cuales son el nombre, que puede haberlo aunque no corresponda a la verdad, trato y fama. Cuando el trato no existe, es imposible darle prevalencia a la posesión notoria, es más, generará más daños, pues impedido el marido de accionar por la vía de la impugnación frente a la caducidad de la acción, podrían los hijos, siendo mayores o nombrándoseles siendo menores de edad un curador especial, impetrar la acción mixta, que daría lugar a la verdadera paternidad, y aquella generaría efectos retroactivos a la época de la concepción, conforme al artículo 181 del Código Civil, y quien fuera reputado, presumido padre, tendría derecho a ser restituido en aquello que dio, y que no le correspondió dar en Derecho. Frente a este panorama, cabe preguntarse, ¿es esta una situación tremendamente dañosa? La respuesta es afirmativa, y los involucrados verán sin lugar a dudas dañado su proyecto de vida, probablemente para siempre.

## **6. Inconstitucionalidad de los artículos 212, 213, 214 y 215 del Código Civil**

**6.1.** La trasgresión legal del derecho fundamental a la identidad biológica dentro de la filiación matrimonial en lo que respecta a la paternidad matrimonial, estableciendo la caducidad de la acción impugnatoria, es inconstitucional. Así lo enseña la profesora Paulina Veloso Valenzuela, pensamiento con el cual, estamos plenamente contestes al decirnos: **“el derecho a la identidad, que**

<sup>37</sup> *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela, Editorial ConoSur LexisNexis Chile, Santiago de Chile, 2001, páginas 168 y siguientes.

**es lo que, en definitiva, se reclama en la acción –sea de reclamación o impugnación– se entiende inherente a la persona, al desarrollo de su personalidad, a su integridad y dignidad; y en consecuencia goza de protección constitucional; y al mismo tiempo, está consagrado en diversos tratados de derechos humanos vigentes en Chile”.**<sup>38</sup>

## **6.2. La dignidad humana**

Dentro de las Bases de la Institucionalidad, nuestra Carta Fundamental recepta la dignidad humana, al prescribir en su artículo 1° inciso 1° que, “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se trata de aquellas normas inderogables de la Carta Fundamental, y que por lo mismo han de prevalecer en todo tiempo. “La dignidad del ser humano se sustenta en su “ser” libertad... lo que implica la tutela de cualquier interés existencial derivado de su propia dignidad. La libertad no es algo exterior al ser humano, por lo que no se le ofrece como objeto. El ser humano no es compacto, cerrado sobre sí mismo, acabado como las cosas que están en su mundo, que aparecen en su circunstancia. La libertad no es un atributo o un predicado perteneciente, de alguna manera, al hombre en su esencia. Ella es el ser mismo, por lo que, en última instancia, decir soy libre, es decir soy yo”.<sup>39</sup> Llevada esta afirmación indiscutible al plano que nos ocupa, cuando la ley obstaculiza el acceso a la verdad biológica, tanto como hijo como progenitor, atenta contra su dignidad, contra su ser, en definitiva, contra su libertad.

## **6.3. El derecho a la identidad biológica en la Convención sobre los Derechos del Niño**

Debe recordarse que el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental contiene un mandato que limita incluso el ejercicio de la soberanía y que es el respecto irrestricto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Es del caso recordar que esta norma fundamental se encuentra dentro del Capítulo I de la Carta Fundamental, que como bien es sabido, sienta las “Bases de la Institucionalidad” y nos remite a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Dentro de aquellos, constitucionalmente jerarquizados, se encuentra, entre otros tantos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiriéndose a la identidad biológica, contiene importantes normas fundamen-

<sup>38</sup> Véase “Características de las Acciones de Filiación”, de la referida autora en: *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, LexisNexis Chile, 2001, páginas 132 y siguientes.

<sup>39</sup> Extracto del texto *El Derecho a la Identidad Personal*, de Carlos Fernández Sessarego, Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 1992.

tales que deben ser respetadas por todos los órganos del Estado, incluyendo por el Poder Legislativo y por el Colegislador. Entre esas normas desarrollaremos las contenidas en los artículos 7 y 8 de la mentada convención.

### **6.3.1. Artículo 7 apartado N° 1**

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”.

Esta disposición constitucional debe ser analizada minuciosamente en torno a los siguientes aspectos:

- a) Se distingue en ella el derecho a la “identificación” del “derecho a la identidad personal”, ambos derechos son diferentes según se ha sostenido en este informe, y que es necesario considerar;
- b) En lo que respecta al derecho a la identidad personal, se está refiriendo a su aspecto estático, esto es, a la realidad biológica. En efecto, utiliza las expresiones “conocer en la medida de lo posible a sus padres”. Estamos hablando del derecho de toda persona a conocer su origen y por lo tanto acceder al estado civil de hijo o hija, que es simétrico al derecho de acceder al estado civil de padre o madre en su caso. En todo caso, porque así lo ordena la convención, el legislador debe garantizar este derecho esencial en la medida de lo posible, vale decir, estableciendo todos los mecanismos que hoy están disponibles conforme a los avances científicos, para que ello se efectivice, en caso contrario el emplazamiento filial y paternal se ve obstaculizado, dentro de una realidad muy distante de aquella que inspirara la codificación del siglo XIX. Hoy en día, el derecho a la identidad biológica adquiere especial relevancia en la biogenética, y subsume el derecho al código genético y a la propia biografía, impensados en otros tiempos. Por lo cual, la caducidad de la acción impugnatoria de paternidad matrimonial legalmente establecida violenta estos derechos esenciales;
- c) El derecho a la identidad biológica de los hijos y de sus progenitores subsume otros derechos esenciales, como se ha afirmado en este informe, y que la Convención recoge, tales como son el derecho al nombre patronímico y el derecho a la nacionalidad. En efecto, las acciones filiatorias pueden conducir incluso a una alteración de la nacionalidad;
- d) Tan relevante es el derecho a la identidad biológica que de él se generan los más relevantes efectos jurídicos de alto contenido ético, que es lo que se ha venido a denominar autoridad parental (Código Civil francés), relación paterno filial (Código Civil español), cuidado paternal (Código Civil alemán), en definitiva, el derecho y deber a la coparentalidad, que el artículo que comentamos lo contempla como derivativo de la realidad biológica con las expresiones que los hijos tienen el derecho de ser cuidados por su ver-

daderos progenitores, quienes desde el momento mismo de la concepción asumen la responsabilidad parental compartida.

### 6.3.2. Artículo 8

1. "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".
2. "Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad".

En torno al tema que nos ocupa, cual es la inconstitucionalidad de las normas legales que establecen la caducidad de la acción impugnatoria en el supuesto de filiación matrimonial en lo que respecta a la paternidad presumida legalmente, cabe realizar los siguientes comentarios:

- a) Hemos sostenido a lo largo de este informe que esta norma como tantas otras a que alude el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, son normas civiles constitucionalizadas. Debemos recordar además a modo de síntesis que el derecho a la identidad personal es estático y dinámico, y en lo que se refiere a la filiación, pertenece al ámbito estático con un nombre más específico, cual es la identidad biológica, el derecho a la verdad de sangre, en definitiva, el derecho a la verdad de origen, del cual, van a depender otros derechos esenciales, tales como el derecho al nombre patronímico, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la coparentalidad. Todos estos derechos esenciales son vulnerados por el Código Civil al establecer la caducidad de la acción impugnatoria cuando la verdad ocultada se conoce tardíamente, y en este sentido la norma jerárquicamente superior, en este supuesto, el artículo 8 ordena preservar la identidad, pero también obliga a recuperarla y en todos sus elementos. Desde este punto de vista, mientras tanto la norma legal que establece la caducidad de la acción impugnatoria en el supuesto de filiación matrimonial respecto de la paternidad legalmente presumida no sea derogada por el legislador, como se lo mandata la Convención en análisis, sólo corresponde la vía de la invalidación a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- b) Es de recalcar que el derecho a la identidad biológica que da lugar a la coparentalidad se ejerce conforme a la norma constitucional reseñada sin injerencias ilícitas. Estas injerencias ilícitas, en el caso de este informe, provienen de la misma ley, porque la identidad conforma uno de los presupuestos jurídicos de la persona, es un elemento de ese concepto, que en lo que a los lazos de sangre se refiere, da lugar a un estatus, que se aleja de la voluntad tanto del legislador como de otra persona, pues al conformar la persona-

alidad jurídica misma, se fundamenta en la protección de la vida humana en su realidad radical, que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna. Así las cosas, con la normativa contenida en el Código Civil<sup>40</sup> que obstruye el derecho a llegar a la verdad, en situaciones en que ni siquiera existen vínculos afectivos, se atenta contra las bases de la institucionalidad conforme lo dispone el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental. Aquello requiere de invalidación urgente, entendiendo que estamos frente a una relación simétrica, esto es, de hijo y padre o madre.

#### **6.4. Referencia a otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes a que alude el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental que son igualmente vulnerados**

##### ***6.4.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".<sup>41</sup>***

Especialmente importantes son en este Pacto sus artículos 3 y 18. El primero de ellos establece el derecho inherente de todo individuo a su personalidad jurídica, y dentro de ella se encuentra el derecho a saber quién soy, de quién soy hijo, de quién soy padre o madre, no pudiendo individuo alguno obstaculizar aquel derecho, ni menos el legislador. El segundo, siendo una consecuencia del primero, le da a toda persona el derecho a llevar el apellido paterno y materno. Recíprocamente, todo padre tiene el derecho esencial de que sus hijos lleven su apellido en la filiación por naturaleza, que no es una filiación ficticia o por amor, como lo es la adoptiva. Quien niega la identificación del verdadero progenitor obstaculiza este derecho esencial, e incurre en una conducta antijurídica, hoy, resarcible.

##### ***6.4.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***

Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 16); todo niño tiene derecho a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 24 apartados 2 y 3).

En definitiva y en base a lo expuesto, existiendo una pugna insalvable entre la norma legal y la constitucional, teniendo presente además el principio de jerarquía constitucional, compete al Tribunal Constitucional invalidar las normas legales inconstitucionales.

<sup>40</sup> Aludimos específicamente en este informe a los artículos 212, 213, 214 y 215 del Código Civil, en su actual redacción.

<sup>41</sup> D. O. de 5 de enero de 1991. En este sentido debe tenerse presente además, el numeral 5 del artículo 17 del Pacto, pues en los hechos se está transgrediendo además el principio de igualdad ante la ley, haciendo una distinción arbitraria entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales, y recíprocamente entre padres matrimoniales y padres no matrimoniales.



# **La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados\*\*\***

**Bruno Caprile Biermann**

Magíster (D.E.A.) en Derecho Privado General

UNIVERSIDAD DE PARÍS II, FRANCIA

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## **Introducción**

1. El objetivo que nos hemos propuesto con esta ponencia es analizar las modificaciones introducidas por las leyes N° 19.932, de 03.02.2004, y N° 20.007, de 11.04.2005, al contrato de promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva, normativa que contiene también reglas aplicables al contrato de compraventa de inmuebles hipotecados.

2. La doctrina civilista ha desatendido el análisis de esta normativa, probablemente por la sencilla razón de que se introdujo en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en su Ordenanza, en lugar de haberse incorporado en el artículo 1554 del Código Civil, como se proponía en el proyecto primitivo. **Durante la tramitación del proyecto se invocó que las reglas que se proponían se aplicarían exclusivamente a las promesas de compraventa de**

---

\* Este trabajo corresponde a la ponencia presentada por el autor en las VI Jornadas Chilenas de Derecho Civil, que tuvieron lugar en Olmué, el 7 al 9 de agosto de 2008.

\*\* Las citas de artículos sin referencia específica se entienden al Código Civil chileno.

Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

Abreviaturas:

LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones

OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

**inmuebles que no contaran con recepción definitiva, lo que, a juicio de los legisladores, justificó incorporarlas en la LGUC en lugar del Código Civil.**<sup>1</sup> Disentimos de esa decisión; creemos que hubiera bastado una redacción cuidadosa para dejar claramente establecido que en el artículo 1554 se contiene la reglamentación general del contrato de promesa y, en un artículo siguiente (¿1554 bis?) se regulaban los requisitos especiales de la promesa de compraventa de inmuebles destinados a vivienda, locales u oficinas que no contaran con recepción definitiva. La ubicación en el Código Civil, junto a las reglas del contrato que regula, hubiera contribuido a la divulgación de la nueva normativa, en lugar de pasar en cierta forma desapercibida entre las demás obligaciones del urbanizador, reguladas en el párrafo 4° del Capítulo II de la LGUC, artículos 134 y siguientes.<sup>2</sup> La situación se agravó con la aprobación de

<sup>1</sup> El proyecto que culminó en la Ley N° 19.932 se originó en una moción de los diputados Sres. Juan Bustos Ramírez, Patricio Hales Dib y Sergio Elgueta Barrientos, ingresada en la Cámara de Diputados el 18.04.2001, boletín N° 2694-07. Dicho proyecto proponía introducir la nueva normativa agregando un numeral 5° al artículo 1554 del Código Civil. Durante la tramitación, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados invitó al señor Pablo Ruiz-Tagle Vial, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quien “sostuvo que desde que la iniciativa, de acuerdo a su versión actualizada, buscaba proteger al promitente comprador en los contratos de promesa de venta en verde de oficinas y viviendas, le parecía positivo, pero lo estimaba contradictorio con las disposiciones actuales del artículo 1554, las que establecen una serie de requisitos copulativos cuya concurrencia determina la validez de todo contrato de promesa. En cambio, la nueva versión proponía dos incisos, redactados en forma imperativa, referidos a un tipo particular de contratos de promesa. Por todo lo anterior y en razón de que el proyecto contempla una norma de carácter especial, le parecía más apropiado enmarcarla dentro del ámbito de la Ley General de Urbanismo y Construcciones por cuanto su contenido excepcional no justificaba modificar todos los contratos de promesa, ya que abarca sólo un tipo muy determinado de ellos”.

Con posterioridad, el diputado Bustos, uno de los autores de la moción, presentó una indicación sustitutiva, la que contó, además, con el copatrocinio de los diputados señora Soto y señor Ceroni, en la que, luego de analizar la posibilidad de substituir el artículo 1° del proyecto para agregar la modificación que contiene no como un número más del artículo 1554 del Código Civil, sino como incisos finales del mismo artículo, a fin de limitar sus alcances solamente al contrato de promesa de compraventa de inmuebles, optó por introducir la modificación, con las debidas adecuaciones, a la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

A partir del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 30 de abril de 2003, quedó asentado que la normativa se introduciría en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

<sup>2</sup> En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, no existe un cuerpo normativo especial que reúna la reglamentación de los contratos que celebre el promotor inmobiliario con sus clientes. Así, en Francia, además del Código del Urbanismo, se ha dictado el Código de la Construcción y de la Habitación, que regula, entre otras materias, la organización jurídica que pueden adoptar los constructores; la promoción inmobiliaria y las reglas especiales para los contratos de venta de inmuebles a construir con finalidad habitacional; el contrato de construcción de una casa individual, sea que se proporcione o no el plano; la venta de inmuebles a construir o remodelar; etc. En ese contexto, es lógico que se incluya en ese cuerpo normativo la regulación de los contratos que pueda celebrar el agente inmobiliario con sus clientes. La realidad es muy distinta en Chile, donde tradicionalmente la regulación de los contratos, incluidos los del sector inmobiliario, se rige por las reglas generales que contempla el Código Civil. La LGUC no consagra requisitos para tales contratos, sino que se limita a consignar prohibiciones de celebrarlos en determinadas situaciones, como, por ejemplo, si no se ha recibido el loteo y ejecutado las obras de urbanización. Una lectura rápida de las reglas del Párrafo 4° del Capítulo II de la LGUC, cuyo epígrafe es “*De las obligaciones del Urbanizador*”, basta para comprobar la veracidad de nuestra aseveración y constatar que el artículo 138 bis se aviene mal con esas reglas.

la Ley N° 20.007, que introdujo, nuevamente en la LGUC, reglas aplicables a la compraventa de inmuebles hipotecados, sea que cuenten o no con recepción definitiva. Pese a su ubicación, nos parece evidente que se trata de materias propias del derecho civil y que la doctrina del ramo no puede hoy día abordar el análisis del contrato de promesa de compraventa desatendiendo esas reglas. De hecho, no cabe duda de que la mayoría de las promesas de compraventa que se celebran en nuestro país dicen relación con inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y, por lo mismo, la normativa que analizaremos les resulta aplicable. Silenciarlas es soslayar la realidad.

**3. Entrando en materia, es sabido que en cualquier desarrollo inmobiliario es frecuente que la empresa inmobiliaria o constructora y su cliente celebren un contrato de promesa de compraventa. Esta presenta ventajas para ambos:** el cliente normalmente obtiene un descuento sobre el precio de venta; tiene mayores opciones para escoger el inmueble que desea (piso, superficie, orientación, distribución, etc.) y capta la plusvalía durante el desarrollo del proyecto. Por su parte, la inmobiliaria o constructora que vende en verde reduce el riesgo de venta, al asegurar durante la construcción a futuros adquirentes y reduce el costo financiero del proyecto por los anticipos que recibe del cliente.

**La dificultad surgía en los casos en que el cliente anticipaba parte o la totalidad del precio al agente inmobiliario y éste caía en quiebra o insolvencia o sencillamente no concluía el proyecto.**<sup>3</sup> En la mayoría de esas hipótesis, el cliente derechamente perdía el anticipo. **Los autores del proyecto que culminó con la aprobación de la Ley N° 19.932 tuvieron la idea de que tales anticipos de dinero fueran garantizados** mediante los instrumentos que se dirán más adelante (por ahora avancemos que serán principalmente una boleta bancaria de garantía o una póliza de garantía), a fin de asegurar su restitución en tales eventos.

**4. A título introductorio, conviene efectuar una lectura reflexiva de los incisos primero y segundo del artículo 138 bis de la LGUC:**

“Artículo 138 bis. Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no

<sup>3</sup> A título ilustrativo de las dificultades que origina la quiebra de la inmobiliaria al promitente comprador: Corte Suprema, 04.10.2004, rol 4337-2004. En la especie, la inmobiliaria percibió la totalidad del precio al momento de la celebración del contrato de promesa, cayó con posterioridad en quiebra y el síndico instó por el remate del inmueble prometido vender, que continuaba en el patrimonio del fallido y que era detentado por el promitente comprador. En el fallo se hizo alusión a que los hechos eran anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.932.

cuenten con recepción definitiva, y que celebren contratos de promesa de compraventa en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo, para el evento de que éste no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador.

Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador”.

**5. Durante el análisis de la normativa será necesario tener en cuenta la evolución de las reglas,** para lo cual es imprescindible explicar, desde ya, que se introdujeron mediante la **Ley N° 19.932**, que fue publicada en el Diario Oficial de 03.02.2004 y entró en vigor *in actum*, que introdujo el artículo 138 bis de la LGUC. La aplicación inmediata de esa ley suscitó múltiples dificultades en el mercado inmobiliario, que fueron resueltas en parte mediante el **Decreto Supremo N° 61**, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 28 de abril de 2004, que incorporó el artículo 3.4.7 en la OGUC. Finalmente, la **Ley N° 20.007**, publicada en el Diario Oficial de 11.04.2005, modificó el artículo 138 bis de la LGUC procurando paliar los graves defectos que no habían podido ser superados por la norma reglamentaria. Tal como se verá durante el análisis, esa evolución denota imperfecciones legislativas de forma y de fondo: el camino se ha hecho al andar, en base al ensayo y error. La discusión sigue abierta y no sería extraño que surgieran nuevas modificaciones legislativas, ya que actualmente existen varios proyectos en trámite en el Congreso Nacional, aun cuando su estado de avance es incipiente.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> En el Cámara de Diputados se tramitan los siguientes proyectos:

1°) El que modifica la LGUC, en materia de protección de promitentes compradores, boletín 4763-14, ingresado el 03/01/2007, fecha en que se dio cuenta del mismo y pasó a la Comisión de Vivienda y Urbanismo de dicha Cámara. Desde entonces no se registran avances en su tramitación.

2°) El que modifica la LGUC, en materia de contratos de promesa de compraventa, estableciendo que la entrega de los inmuebles se debe realizar dentro de un plazo, que es ineficaz la cláusula compromisoria y una valuación legal de perjuicios por retrasos, faltas e incumplimientos, boletín 6002-14,

6. Para el análisis del tema que nos ocupa nos referiremos en un primer momento al ámbito de aplicación de la nueva normativa (I) y luego a sus efectos (II).

## I. Ámbito de aplicación

7. Para dilucidar el ámbito de aplicación de las reglas es necesario distinguir según los sujetos que celebran la convención (A), el objeto que se promete vender (B) y la naturaleza jurídica del acto jurídico que se otorgará (C).

### A. En cuanto a los sujetos

8. El artículo 138 bis de la LGUC prescribe que la normativa se aplica a “las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces”. El D.S. N° 61, de 28.04.2004, precisó que la normativa se aplica a “**las personas naturales o jurídicas cuyo giro habitual sea el negocio inmobiliario o la construcción, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley de la Renta**”. Por su parte, el artículo 18 de la Ley de la Renta, en la parte pertinente, dispone que:

“Artículo 18. En los casos indicados en las letras a), b), c), d), i) y j) del N° 8 del artículo 17, si tales operaciones representan el resultado de negociaciones o actividades realizadas habitualmente por el contribuyente, el mayor valor que se obtenga estará afecto a los impuestos de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, según corresponda.

Cuando el Servicio determine que las operaciones a que se refiere el inciso anterior son habituales, considerando el conjunto de circunstancias previas o concurrentes a la enajenación o cesión de que se trate, corresponderá al contribuyente probar lo contrario.

Se presumirá de derecho que existe habitualidad en los casos de subdivisión de terrenos urbanos o rurales y en la venta de edificios por pisos o departamentos, siempre que la enajenación se produzca dentro de los cuatro años siguientes a la adquisición o construcción, en su caso. Asimismo, en todos los demás casos se presumirá la habitualidad cuando entre la adquisición o construcción del bien raíz y su enajenación transcurra un plazo inferior a un año”.

---

ingresado el 31/07/2008, fecha en que pasó a la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano de la Cámara. Tampoco registra avances desde entonces.

## B. En cuanto al objeto

9. La normativa se aplica a los “bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuenten con recepción definitiva” (art. 138 bis LGUC). Desde luego, los actos que se celebren respecto de sitios, con o sin urbanización, quedan entonces excluidos. Por lo demás, para éstos rige la proscripción de los loteos brujos y la prohibición legal de los artículos 136 y 137 de la LGUC.

10. La Ley N° 19.932 cometió un error inexcusable, puesto que, pese a que pretendía regular exclusivamente las denominadas “ventas en verde”, es decir, las promesas de compraventa de inmuebles que no contaran con recepción definitiva, sus reglas no lo establecieron expresamente, de modo que en definitiva terminó aplicándose también a la promesa de venta de bienes raíces que contaran con recepción definitiva. El Ministerio de Vivienda y Urbanismo procuró corregir esta falencia por la vía reglamentaria, durante la redacción del D.S. N° 61; sin embargo, la Contraloría General de la República objetó, con razón, que tal modificación excedía el ámbito de la potestad reglamentaria. La solución llegó con la Ley N° 20.007, que modificó el inciso primero del artículo 138 bis, especificando que el ámbito de aplicación se circunscribía a los bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas “que no cuenten con recepción definitiva”.

## C. En cuanto al acto jurídico

*1° La extensión a cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva:*

11. Bajo el imperio de la Ley N° 19.932, la normativa se aplicaba exclusivamente al contrato de promesa de compraventa. Por lo mismo, la práctica ideó toda suerte de subterfugios para que el interesado efectuara anticipaciones de dinero al agente inmobiliario o constructora eludiendo el otorgamiento de la garantía. Así, por ejemplo, se recurrió al otorgamiento de cierres de negocio, de ofertas unilaterales de compra y otros actos que, como no podían ser calificados como contratos de promesa de compraventa, no les resultaba entonces aplicable la exigencia de otorgar la garantía. Se razonaba sobre la base de que la exigencia de la garantía era de aplicación restrictiva, circunscrita exclusivamente al acto jurídico para el cual la ley la establecía, es decir, el contrato de promesa de compraventa, de tal suerte que si el acto jurídico no podía ser calificado como tal, escapaba a la exigencia de la garantía. Como decíamos, proliferaron las ofertas unilaterales de compra, en virtud de

las cuales el interesado en adquirir un inmueble proponía la celebración de un contrato de promesa o derechamente de compraventa al agente inmobiliario. Este último se limitaba a recibir la oferta, postergando su manifestación de voluntad en orden a aceptarla o rechazarla para después que obtuviera la recepción definitiva municipal del inmueble. De esa forma, el acto conservaba su carácter unilateral y, por lo mismo, no podía ser calificado como contrato de promesa, que como todo contrato debe ser un acto jurídico bilateral. Al efectuar la oferta unilateral, el interesado dejaba a disposición de la inmobiliaria una cantidad de dinero (el anticipo), al cual se atribuyó el carácter de garantía de seriedad y cumplimiento de la oferta, garantía que podía ser calificada como una transferencia fiduciaria de la propiedad de una suma de dinero a título de garantía.<sup>5</sup>

**12. La Ley N° 20.007, de 11.04.2005, puso atajo a esos excesos, al prescribir que (el subrayado es nuestro):**

**“Las disposiciones anteriores se aplicarán a cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva, excepto a aquellos regidos por la Ley General de Cooperativas o la Ley N° 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, aun cuando no cuenten con recepción definitiva”.**

Con la regla trascrita, la exigencia del otorgamiento de la garantía ya no está circunscrita a los contratos de promesa de compraventa, sino que se extiende a “cualquier acto jurídico”, unilateral o bilateral, cualquiera sea su calificación. La única exigencia es que se entregue una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva.

**13. Lamentablemente, subsisten algunos subterfugios, a los cuales nos referiremos más adelante,<sup>6</sup> y también existen dificultades de aplicación. Así, es común que se otorguen órdenes de reserva y que, en ese momento, se anticipe una cantidad de dinero.** Tras esta práctica no se esconde, necesariamente, la intención de eludir el otorgamiento de la garantía, sino más bien la urgencia de ambas partes de constatar un auténtico interés y de amarrar el negocio. Para ilustrarlo, basta considerar que el interesado puede visitar el

<sup>5</sup> Para un desarrollo de tales garantías, consúltese nuestra monografía CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N° 75 y s., p. 69 y s.

<sup>6</sup> Cf. *infra* N° 52.

departamento o casa piloto (sic) durante el fin de semana, ocasión en la cual es imposible firmar inmediatamente una promesa de compraventa, no sólo porque las notarías están cerradas, sino además porque la inmobiliaria le exigirá ciertos antecedentes para confirmar la capacidad económica del interesado para concretar el negocio. El cliente suele entregar, al firmar la orden de reserva, una cantidad de dinero, las más de las veces mediante un cheque. Creemos que esos pagos, sea que se efectúen a título de reserva o incluso como gastos operacionales, deben ser garantizados, atendido el claro tenor del inciso final del art. 138 bis, arriba transcrito.<sup>7</sup>

**14. La Ley 20.007 liberó de la exigencia de la garantía a los contratos que regidos por la Ley General de Cooperativas y al *leasing* inmobiliario, regulado este último por la Ley N° 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compra.** Se comprende mal la exclusión de las operaciones inmobiliarias regidas por la Ley General de Cooperativas, si se considera que éstas no han estado liberadas de escándalos en que los asociados pierden sus ahorros. Desde luego, las cooperativas no celebran contratos de promesa de compraventa con sus asociados, lo que las liberaba de la exigencia de otorgar garantía bajo el imperio de la Ley 19.932, en su redacción primitiva. Sin embargo, al dictarse la Ley N° 20.007 y extenderse el ámbito de aplicación de la normativa, la exigencia de la garantía les hubiera alcanzado, por lo que el legislador las liberó expresamente. Las presiones se impusieron a la *ratio legis*.

## **2° La extensión a la compraventa de inmuebles hipotecados:**

**15. La Ley N° 20.007 introdujo una regla aplicable a la compraventa de inmuebles hipotecados que normalmente se olvida, a lo que contribuye su ubicación en la LGUC, en lugar del Código Civil, entre las reglas de la compraventa o de la hipoteca.**<sup>8</sup> El artículo 138 bis inciso final prescribe que (el subrayado es nuestro):

<sup>7</sup> No resulta fácil determinar la naturaleza jurídica de las denominadas *órdenes de reserva*. La calificación como contrato de promesa de compraventa conduce casi siempre a su nulidad, pues en ellas no se da cabal cumplimiento a las condiciones esenciales de ésta, establecidas en el artículo 1554 del Código Civil. Se trata, sin lugar a dudas, de un acto preparatorio, lo que conduce también a la clásica discusión de si en el derecho chileno se admiten contratos preparatorios innominados o si éstos deben sujetarse necesariamente a los requisitos de la promesa; nos parece que esta última tesis debe considerarse hoy día superada (Cf. ABELIUK MANASEVICH, René (1983) N° 18, p. 29; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003) N° 2073, p. 840). En un litigio anterior a la reforma de la Ley 19.932, la inmobiliaria que recibió y cobró un cheque de un cliente que luego se arrepintió de concluir el negocio, antes de haber suscrito el contrato de promesa de compraventa, sostuvo que el referido cheque se había entregado en arras, en conformidad al artículo 1803 del Código Civil y, subsidiariamente, que existía una obligación natural que la autorizaba a conservar los fondos. La Corte Suprema rechazó esas alegaciones y ordenó la devolución del importe del cheque. C. Suprema, 21.04.1999, GJ 226, p. 51-55.

<sup>8</sup> Cf. *supra* N° 2.

“En todo caso, las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a las **compraventas de viviendas, locales comerciales u oficinas** cuando al momento de celebrarse dicho contrato el inmueble se encuentre **hipotecado**, en cuyo evento la garantía que se otorgue se mantendrá **vigente mientras no se proceda al alzamiento** de dicha hipoteca, **salvo que el acreedor hipotecario concurra a la escritura de compraventa alzando** la hipoteca y la prohibición de gravar o enajenar si la hubiere”.

16. **El objetivo de la norma, loable por cierto, es evidente:** precaver el riesgo de que el comprador, al momento de la suscripción del contrato de compraventa, pague la totalidad o parte del precio al agente inmobiliario y que éste no traspase los fondos al acreedor hipotecario para obtener el alzamiento de la hipoteca. El riesgo de que el comprador haya desembolsado el precio y no obstante no pueda obtener el alzamiento se cautelaría, a juicio de los redactores, exigiendo una boleta bancaria o póliza que se mantendría vigente mientras no se proceda al alzamiento de la hipoteca.

17. **En la práctica, la regla no siempre será eficaz, pues la regla general es que las partes no firmen simultánea sino sucesivamente la escritura de compraventa.** En los hechos, bien puede ocurrir que el inmueble que se vende esté hipotecado y que el comprador pague el precio al vendedor al momento de celebrar la compraventa. En la escritura se incluirá una cláusula de alzamiento, con lo cual se razonará, prima facie, que no es necesario el otorgamiento de la garantía. Surge entonces la interrogante: ¿qué ocurre si, con posterioridad, el banco no firma el alzamiento? El notario no habrá incurrido en responsabilidad alguna, pues sólo puede autorizar las escrituras públicas una vez que éstas estén completas y hayan sido firmadas por todos los comparecientes (art. 413 inc. final COT). Si el banco en definitiva no firma, por no haber recibido el pago, la escritura “no se considerará pública o auténtica”, atendido lo dispuesto en los artículos 404 inc. penúltimo y 426 N° 6 del COT. La nulidad de la compraventa tampoco tendrá sentido, por la sencilla razón de que la compraventa aún no se ha perfeccionado, pues no se ha completado la solemnidad (escritura pública). Finalmente, la sanción penal tampoco será aplicable, pues el tipo previsto en el art. 470 N° 9 del Código Penal está limitado al “contrato de promesa de compraventa”.

**Atendido lo expuesto, creemos que el resguardo del comprador no está en la exigencia de la garantía, sino en aplicar el mecanismo que ha sido creado por la práctica, a saber, posponer el pago para después que el inmueble se encuentre inscrito a su nombre, libre de gravámenes,** dejando el vale vista u otro documento mercantil con el cual se pagará el precio en poder del notario autorizante, con una carta de instrucciones en que se le encomienda entregarlos al vendedor una vez practicada la inscripción conservatoria y acreditado que está libre de gravámenes.

**18. Es legítimo interrogarse si, con la normativa en estudio, el notario debiera cerciorarse, cada vez que autorice una compraventa, que el inmueble vendido no está hipotecado.** Una eventual infracción comprometería su responsabilidad, no sólo la administrativa, sino también la civil por los daños causados al comprador. El inciso 2° del mismo artículo parece liberarlo, pues restringe la obligación al contrato de promesa de compraventa, al disponer que: “Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador”. Sin embargo, el art. 138 bis inciso final prescribe que “En todo caso, las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a las compraventas...”, lo que conduce, en una interpretación armónica, a imponerle la misma prohibición de autorizar para los contratos de compraventa de inmuebles hipotecados, si no se acredita la constitución de la garantía o concurre el acreedor hipotecario alzando. Se trata de una carga pesada, que no se condice con la concepción de la función notarial que impera en nuestro medio, en que generalmente se limita a dar fe de la autenticidad de las firmas de los otorgantes, sin entrar al análisis substantivo de los actos que se celebran. La sola aserción efectuada por el vendedor de que el inmueble está libre de hipotecas pudiera estimarse insuficiente para liberar de responsabilidad al escribano, pues se trata de una cláusula de estilo en las compraventas. Sin embargo, una declaración especial, inserta en la misma escritura, en que ambas partes aseveren que el inmueble no está hipotecado y que, por lo mismo, no es necesaria la constitución de garantía o la concurrencia del acreedor hipotecario, dejaría al notario a resguardo, sin perjuicio de la responsabilidad del vendedor.

**19. Es lícito interrogarse por qué la normativa se aplica exclusivamente a la compraventa de “viviendas, locales comerciales u oficinas”,** en circunstancias que la misma razón existe para la compraventa de otros inmuebles, tales como sitios o terrenos, con o sin urbanización. **En todo caso, la regla se aplica a la compraventa de inmueble que ya cuentan con recepción municipal,** puesto que, si no la tuvieran, la celebración del contrato estaría prohibida (arts. 136 y 137 LGUC y arts. 10 a 12 Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria).

## **II. Efectos**

20. Cumpliéndose los requisitos precedentes, habrá lugar a la aplicación de la normativa, cuyos efectos dicen relación con la agravación de las formas (A) y con la exigencia de la garantía (B). El no otorgamiento de la garantía impide cumplir la formalidad de que la caución, debidamente identificada, sea “incorporada al contrato”, por lo que analizaremos en el primer acápite las sanciones por el incumplimiento de las formalidades y también por el no otorgamiento de

la garantía. Luego, en la segunda parte, analizaremos las garantías admitidas y una visión comparada de éstas, para determinar las ventajas e inconvenientes de cada una.

## A. La agravación de las formas y la sanción en caso de incumplimiento

### 1° *Las formalidades impuestas a la promesa:*

21. Es sabido que el artículo 1554 N° 1 del Código Civil exige que la promesa se celebre por escrito. Nótese que basta la escrituración; no se exige escritura pública, aun cuando la promesa recaiga sobre bienes raíces.<sup>9</sup> **La Ley N° 19.932 estableció que las personas que celebren los contratos de promesa de compraventa regidos por dicha ley “deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario”** y que “Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador”. El notario se erige así en una suerte de contralor de la legalidad de los actos que autoriza, función que, por lo demás, existe desde antiguo para el contrato de promesa. Los artículos 136 y 137 de la LGUC lo ilustran y, más recientemente, la Ley N° 19.579, de 17.08.1998, prohíbe a los notarios públicos autorizar contratos de promesa de compraventa de viviendas adquiridas de los Servicios de Vivienda y Urbanización, que no estuvieren pagadas.

22. Desde luego, cabe observar que los notarios no autorizan los instrumentos privados, sino las firmas estampadas en éstos. Ahora bien, **el notario dispone de dos formas de autorizar las firmas que se estampen en documentos privados:** para aquellos que se suscriban en su presencia usará la fórmula “firmó ante mí” y para aquellos en que la autenticidad de las firmas le conste, certificará “autorizo las firmas” (arts. 401 N° 10; 425 y 443 del COT). Creemos que con cualquiera de ellas se satisface la exigencia legal para la validez de la promesa.

23. **Conviene recordar que, al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.932, hubo quienes se interrogaron si la promesa de compraventa podía otorgarse por escritura pública.** La duda era legítima, pues la ley establecía en términos imperativos (“deberán”) que la solemnidad era el instrumento privado autorizado por notario. Sin embargo, la razón se impuso, pues naturalmente la escritura pública otorga mayor certeza que un instrumento privado autorizado. El D.S. N° 61 dispuso la interrogante, al disponer que la promesa podía otorgarse “por escritura pública si ambas partes así lo acordaren”.

<sup>9</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003) N° 2081, p. 845.

**24. Si el promitente vendedor no tiene por giro habitual el negocio inmobiliario o de la construcción, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley de la Renta, la normativa no le resulta aplicable.<sup>10</sup> ¿Cómo puede verificarlo el notario y salvar su responsabilidad al autorizar el contrato?** Creemos nuevamente<sup>11</sup> que una declaración especial, inserta en la misma escritura, en que ambas partes así lo reconozcan y declaren que, por lo mismo, no es necesaria la constitución de la garantía, dejaría al notario a resguardo, sin perjuicio de la responsabilidad del promitente vendedor.

**25. El artículo 138 bis de la LGUC establece que la garantía, “debidamente identificada, se incorporará al contrato”. El D.S. N° 61 precisa la forma de identificar la garantía,** que en síntesis se cumple mediante el certificado que debe emitir la entidad bancaria o aseguradora, con las menciones que el mismo decreto establece. Creemos que debe dejarse constancia expresa en el contrato de la aceptación de la garantía por parte del promitente comprador, toda vez que el artículo 138 bis exige que la caución sea “aceptada por el promitente comprador”.

*2° Las sanciones en caso de incumplimiento de las solemnidades y de no otorgamiento de la garantía:*

**26. La omisión de las solemnidades antes referidas, incluido el no otorgamiento de la garantía, que impide naturalmente hacer referencia a la misma en el contrato, acarrea la nulidad absoluta de la promesa de compraventa, sin perjuicio de las eventuales sanciones penales,** reguladas en el artículo 470 N° 9 del Código Penal.

**27. Creemos que las sanciones civiles y penales previstas por la normativa en estudio no aseguran la satisfacción de los fines que se pretenden, como procuraremos demostrarlo en las líneas que siguen.**

28. El incumplimiento de las formalidades, la falta de autorización notarial o sencillamente la omisión de la garantía conducen a la **nulidad absoluta de la promesa de compraventa**. Sin embargo, dicha sanción de poco servirá al promitente comprador que anticipó fondos al promitente vendedor. En efecto, la nulidad judicialmente declarada conduce a las acciones restitutorias, pero lo más probable será que, a esa altura, la inmobiliaria o constructora esté en quiebra o en notoria insolvencia, de tal modo que la sentencia que declara la nulidad carecerá de toda eficacia práctica.

<sup>10</sup> Cf. *supra* N° 8.

<sup>11</sup> Cf. *supra* N° 18.

Desde luego, el promitente comprador puede reclamar **la indemnización de los perjuicios derivados de la nulidad del contrato**. Sin embargo, si la inmobiliaria o constructora carece de solvencia para restituir el anticipo, con mayor razón lo será para el pago de una indemnización, sin tomar en cuenta el tiempo que tardará el juicio.

**29. La nulidad también puede causar dificultades a la promitente vendedora, la inmobiliaria o constructora.** Partamos del supuesto de que ésta ha cumplido a cabalidad sus obligaciones, concluyendo las obras en tiempo y forma. Sin embargo, si el promitente comprador se arrepiente y sencillamente no desea celebrar la compraventa prometida, le bastará invocar la infracción de las formalidades que prescribe el artículo 138 bis de la LGUC o la omisión de la garantía para obtener la nulidad del contrato y, por esa vía, la restitución de sus anticipos. Caerán también las cláusulas penales que pudieron haberse estipulado en la promesa. **En definitiva, el incumplimiento de las formalidades o el no otorgamiento de la garantía dejan a la inmobiliaria en descubierto, pues aun cuando concluya las obras satisfactoriamente, cualquiera de sus promitentes compradores podrá liberarse del compromiso impunemente.**

**30. El cumplimiento forzado de la promesa** resultará imposible, puesto que, en la hipótesis en estudio, el acto es nulo absolutamente. Además, como seguramente dicho cumplimiento será imposible, pues la inmobiliaria no está en situación de concluir las obras o de transferir el inmueble, la ejecución forzada conduce al cumplimiento por equivalencia, supeditado también a la solvencia del promitente vendedor.

**31. La sanción penal tampoco parece adecuada,** no sólo porque el tipo está bastante restringido, como se verá en seguida, sino también porque la generalización de las sanciones penales por incumplimientos contractuales parece no ser aconsejable ni prudente.

Conviene recordar que, durante la tramitación legislativa, la sanción penal figuraba en la moción presentada por los diputados autores del proyecto y fue mantenida en la Cámara de Diputados. Sin embargo, el Senado la suprimió, lo que obligó a la formación de una Comisión Mixta, para que resolviera esta y otras divergencias. La Comisión Mixta, en el tercer trámite constitucional, repuso la sanción penal, agregándole sin embargo entre las exigencias del tipo el **"ánimo de defraudar"**, que será necesario probar.

El tipo también exige el **"perjuicio patrimonial para el promitente comprador"**, de tal suerte que basta restituir el anticipo para escapar de la pena.

El reproche penal se dirigirá contra quien **"suscribiere o hiciera suscribir contrato de promesa de compraventa... sin cumplir con las exigencias es-**

tablecidas por el artículo 138 bis” de la LGUC. Al respecto, parece injusto que puedan quedar expuestos a la pena empleados de segundo orden, que se han limitado a implementar la política de la empresa, en concreto, el apoderado que suscribía las promesas, que no necesariamente coincidirá con el dueño, y el vendedor que trató con el promitente comprador. Nos parece que el tipo se circunscribe al contrato de promesa de compraventa, único que contemplaba la Ley 19.932, en su redacción original, sin que pueda extenderse a las figuras que incorporó la Ley N° 20.007, a saber, la suscripción de “cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva” o la compraventa del inmueble hipotecado (art. 138 inc. final).

**32. Existe también una sanción administrativa para la inmobiliaria o constructora, regulada en el artículo 20 de la LGUC,** que conduce a la aplicación de una multa, sin perjuicio de la paralización o demolición de todo o parte de la obra, según procediere, a menos que el hecho sea constitutivo de delito o tenga una sanción especial determinada en la LGUC o en otra ley.

**33. Ya habíamos anunciado previamente que la infracción puede incluso comprometer la responsabilidad administrativa y civil del notario autorizante.** Creemos que la sanción penal no afectará en principio al escribano, toda vez que, si bien puede considerársele entre quien “hiciera suscribir” el contrato, no parece sensato reprocharle un “ánimo de defraudar”.

34. Recapitulando, la nulidad no sirve, pues normalmente el dinero ya se esfumó y la sanción penal es restringida y su generalización para los incumplimientos contractuales es inconveniente. **¿Cómo asegurar entonces la eficacia de la normativa y la restitución efectiva de los anticipos al promitente comprador? De lege ferenda, creemos que debiera imponerse la obligación de consignar en la publicidad inmobiliaria la exigencia legal de garantizar los anticipos, como ocurre en España.**<sup>12</sup> Una obligación de ese tipo permitiría divulgar la existencia de la normativa y propender entonces a que se otorgue la garantía.

<sup>12</sup> En España, la Ley 57, de 27 de julio de 1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, prescribe en su artículo 5 que: “Será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice”.

También pudiera contribuir a facilitar el recupero de los anticipos el establecimiento de una **causal de preferencia** a favor del promitente comprador.

**Una solución efectiva parece ser involucrar en el proceso a las instituciones crediticias que financian la ejecución del proyecto inmobiliario.** Es el camino que se ha seguido desde 1967 en Francia<sup>13</sup> y desde 1968 en España,<sup>14</sup> donde los dineros anticipados deben ser depositados en cuentas especiales, de las cuales el inmobiliario sencillamente no puede girar o bien, para hacerlo, requiere haber otorgado la garantía que se exige. Era también la idea que estaba en ciernes en una de las garantías que se evaluó durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.007, pero que en definitiva no prosperó.<sup>15</sup> Hoy día, en Chile, las instituciones bancarias exigen al inmobiliario, para demostrar la viabilidad de su proyecto, un cierto porcentaje de órdenes de reserva o incluso de promesas de compraventa firmadas, en las cuales consta la percepción de anticipos, pero luego, si su cliente cae en falencia, se desentienden de aquellos documentos y hacen efectivos sus créditos sobre el inmueble en que se ejecuta el proyecto, hipotecado a su favor, con la preferencia de tercera clase que concede esa garantía real.

<sup>13</sup> En Francia, la Ley de 03.01.1967 estableció que la venta podía estar precedida de un contrato preliminar, también denominado contrato de reserva (*contrat de réservation*) (art. L 261-15 del Código de la Construcción y de la Habitación). Los anticipos, cuyo porcentaje respecto del precio total está limitado, son depositados en garantía en una cuenta especial del promotor inmobiliario, que tiene el carácter de indisponible e inembargable. Pese a lo anterior, le sirven al promotor inmobiliario, puesto que le permiten demostrar el interés que suscita su proyecto y, en consecuencia, obtener crédito bancario y una garantía de pago para el caso que el contrato preliminar se transforme en compraventa. El comprador no debe pagar el precio sino el día de la entrega material. MALAURIE y AYNÈS (2005), N° 141, p. 106 y N° 192, p. 151.

<sup>14</sup> En España, la Ley 57, de 27 de julio de 1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, prescribe en su artículo 1° que: "Artículo 1°: Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior". Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional 1° de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, establece que el interés a aplicar será el legal del dinero y no el 6% como se señala en este precepto.

<sup>15</sup> Cf. *infra* N° 49.

## B. La exigencia de la garantía

35. Iniciaremos este acápite recordando que, bajo el imperio de la Ley N° 19.932, la garantía sólo podía consistir en “póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador”. El D.S. 61 reglamentó la forma de emitir y acreditar la constitución de esas garantías (1°). Más tarde, la Ley N° 20.007 amplió la gama de garantías permitidas, al aceptar los siguientes instrumentos: “cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador” y “depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante” (2°). Durante la tramitación de la misma Ley N° 20.007 se vislumbró otra garantía, que en definitiva fue desechada, pero que pretendemos al menos citar (3°). En seguida, nos referiremos a una de las mayores dificultades que ha generado la normativa en estudio, cual es su aplicación a los anticipos o pagos fraccionados efectuados durante la vigencia de la promesas de compraventa (4°). Para concluir, procuraremos efectuar un análisis comparativo de las diversas garantías admitidas, cotejando sus bondades e inconvenientes, a fin de orientar en la elección de éstas (5°). No nos referiremos aquí a la sanción por no otorgamiento de la garantía, pues ese tema ya fue abordado en la sección precedente.

### 1° *La póliza de seguro o boleta bancaria de garantía:*

36 Bajo el imperio de la Ley N° 19.932, la inmobiliaria o constructora que otorgara contratos de promesa de compraventa debía “caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador”. No se admitían entonces las demás cauciones que incorporó, con posterioridad, la Ley N° 20.007. Nos referiremos sucesivamente a la vigencia de dichas garantías (a) y al carácter irrevocable de las mismas (b).

a) La vigencia de la caución.

37. El art. 138 bis de la LGUC dispone que la garantía se incorpora al contrato de promesa de compraventa “para el evento de que éste no se cumpla dentro del **plazo** o al cumplimiento de la **condición** establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier **gravamen o prohibición** emanado **directamente de obligaciones pendientes e imputables** al promitente vendedor y **hasta la inscripción del dominio** en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador” (el subrayado es nuestro).

El D.S. N° 61, reglamentando la ley, prescribió que la vigencia de la boleta bancaria o póliza de seguro “deberá exceder a lo menos en **sesenta días** el **plazo** estipulado para la celebración del contrato de compraventa prometido.

Con todo, estas garantías se mantendrán vigentes hasta que se exhiba a la institución bancaria o aseguradora que otorgó la garantía copia autorizada de la inscripción de dominio del inmueble a favor del promitente comprador en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces” (el subrayado es nuestro). El mismo D.S. N° 61 consigna que entre las menciones del certificado que debe emitir la institución garante se cuenta el “período de vigencia” de la caución.

**38. Podemos observar que se trata de una garantía contractual y también postcontractual**, puesto que asegura no sólo el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de promesa de compraventa, esto es, la obligación de hacer de celebrar el contrato prometido, sino una posterior, emanada ahora del contrato de compraventa prometido, como es la de efectuar la transferencia del dominio libre de gravámenes. Esta última obligación emana, como se dijo, de la compraventa y, por definición, a esta altura el contrato de promesa se ha extinguido, precisamente por haberse celebrado la compraventa prometida.

**39. Si se coteja el tenor del artículo 138 bis de la LGUC y del D.S. N° 61, arriba transcritos, notamos, en primer término, que la ley admite expresamente tanto el plazo como la condición, en tanto que el D.S. N° 61 sólo se refiere al primero.** La jerarquía normativa impone la primacía de la ley sobre el reglamento. Por lo demás, conforme al artículo 1554, la promesa puede contener un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido. En consecuencia, no cabe duda que en la promesa se puede estipular tanto un plazo como una condición, aun cuando el D.S. N° 61 no se refiera a este último.

**40. En seguida, observamos que el artículo 138 bis de la LGUC no prescribe el plazo de vigencia de 60 días adicionales que contiene el reglamento.** Pensamos que la exigencia de que la vigencia de la garantía exceda en 60 días el plazo estipulado para la celebración del contrato prometido sólo puede aplicarse a los casos en que en la promesa se fije un plazo, mas no una condición. En las líneas que siguen analizaremos sucesivamente la vigencia de la garantía, según si en la promesa se estipula un plazo o una condición.

*a.1) El plazo:*

41. Si en la promesa se estipula un plazo y el promitente comprador cobra la garantía durante la vigencia de ésta, la situación no presenta mayores dificultades.

**Los problemas surgen cuando se celebra el contrato de compraventa prometido dentro del plazo contractual o incluso dentro de los 60 días**

**siguientes en que, según el D.S. N° 61, debe extenderse la vigencia de la garantía, pero la inscripción conservatoria libre de gravámenes no logra practicarse dentro de esos 60 días.** En esta hipótesis, creemos que el promitente comprador puede exigir a la institución bancaria o aseguradora el pago de la garantía, pese a que haya expirado el plazo de 60 días consignado en la garantía. En efecto, el artículo 138 bis de la LGUC no hace alusión a los 60 días y se limita a consignar que la garantía permanece vigente hasta que el inmueble prometido comprar se inscriba libre de gravámenes a nombre del promitente comprador, lo que puede tardar más allá de los 60 días. Además, una correcta lectura del D.S. 61 permite arribar a la misma conclusión, pues éste consigna primero el plazo de 60 días y luego establece que “con todo” esas garantías se mantendrán vigentes hasta la inscripción conservatoria libre de gravámenes. En definitiva, lo que el D.S. N° 61 quiso decir es que, si la compraventa prometida se celebra pero no logra inscribirse dentro de los 60 días, la garantía permanece vigente hasta la inscripción de dominio libre de gravámenes. Por lo demás, el banco o la compañía de seguros son profesionales que no pueden alegar desconocimiento del claro tenor de la LGUC y de la OGUC, el que debe primar sobre el tenor de la garantía.

**La hipótesis más delicada es aquella en que el promitente comprador deja transcurrir el plazo de 60 días a que alude el D.S. 61 sin cobrar la garantía y pretende exigir el pago con posterioridad.** Para ilustrar estos propósitos, supongamos que se constituye la garantía, en la cual se consigna que su vigencia excede a lo menos en 60 días el plazo estipulado para la celebración del contrato de compraventa prometido. Supongamos que, vencido dicho plazo, sin que se haya celebrado la compraventa prometida, el promitente comprador reclama el pago de la boleta o póliza a la institución financiera o aseguradora. Esta seguramente rehusará pagar, argumentando la caducidad de la garantía, por haber expirado su vigencia. Es más, aun cuando la institución financiera o aseguradora estuviera dispuesta a pagarla, tendrá el fundado temor de que, con posterioridad, no pueda recuperar lo desembolsado contra el promitente vendedor, pues éste le reprochará haber cumplido una garantía caduca. El promitente comprador, para afirmar la procedencia del pago, alegará en su favor que el artículo 138 bis de la LGUC establece en términos perentorios que la garantía debe permanecer vigente hasta que se practique la inscripción conservatoria a su nombre y que esa disposición legal debe primar sobre el texto reglamentario de la OGUC, el cual, además, dispone claramente que el plazo de 60 días no es obstáculo para que la garantía permanezca vigente hasta que se practique la inscripción conservatoria. Creemos que, en esta hipótesis, deben primar tanto el tenor del artículo 3.4.7 de la OGUC, que establece el plazo adicional de 60 días de vigencia de la garantía, como la estipulación contractual de la caución, que limita la vigencia de ésta a una fecha precisa. De lo contrario, llegaríamos al enojoso resultado de que no obstante la expiración del

plazo de 60 días previsto en la OGUC y del plazo consignado en la caución, el banco o aseguradora permanecerían indefinidamente obligados, mientras no se practique y se le exhiba la inscripción conservatoria, hasta que se complete el plazo de prescripción para el cobro. En el intertanto, el costo financiero de la garantía seguiría devengándose para el promitente vendedor. La solución que proponemos también resuelve adecuadamente el caso en que sea el promitente comprador quien se niega a suscribir el contrato de compraventa prometido dentro del plazo contractual. A la promitente vendedora le bastará esperar que expire el plazo de 60 días que contempla la OGUC para que caduque la garantía y deje de devengarse el costo financiero de ésta.

*a.2) La condición:*

**42. Si en la promesa se estipula una condición, ésta puede ser determinada o indeterminada.** En las primeras, desconocemos si el hecho en que consiste se verificará o no (es incierto), pero sabemos cuándo debe entenderse fallida. En las segundas, en cambio, no sabemos cuándo debe entenderse fallida y la doctrina discute si existe un plazo máximo para que las condiciones indeterminadas deban cumplirse y, entre quienes sostienen la afirmativa, tampoco hay consenso respecto a su duración: para algunos será el plazo de 5 años que prescribe el artículo 739, en tanto que para otros el de 10 años, que es el que por regla general sirve en nuestro ordenamiento civil para la consolidación de las situaciones jurídicas.<sup>16</sup> En la práctica, es frecuente que en la promesa se pacte una condición para la celebración del contrato de compraventa prometido, a saber, la obtención de la recepción definitiva municipal y del certificado de copropiedad inmobiliaria. Esa condición puede ser determinada, si, por ejemplo, se fija un plazo máximo para la obtención de dichos certificados, o indeterminada, cuando se omite dicho plazo, de tal suerte que el promitente vendedor podría en rigor obtenerlos dentro de los 5 ó 10 años siguientes al contrato de promesa.

**La interrogante que debemos plantearnos es cuál debe ser la vigencia de la garantía cuando en la promesa se estipula una condición que fije la época de la celebración de la compraventa.** Pensamos que, si la condición es determinada, bastará consignar un plazo de vigencia que exceda en 60 días la fecha tope para el cumplimiento de la condición. Esa solución armoniza con lo dispuesto en el D.S. N° 61. Ahora bien, si la condición es indeterminada, creemos que debiéramos aplicar el artículo 138 bis de la LGUC, en el sentido que la garantía permanecerá vigente hasta que se practique la inscripción de

<sup>16</sup> ABELIUK MANASEVICH, René (2001), N° 487, p. 439. A título ilustrativo: Araya Valdivia, Nury Elisa Del Rosario c/ Moreno Romero, Carlos (2008): Corte Suprema, 28.06.2008, rol 1376-2007.

dominio y libre de gravámenes a nombre del promitente comprador, para lo cual dispondría de un plazo máximo de 5 ó 10 años, según la tesis que se siga.<sup>17</sup> Naturalmente, la interpretación que proponemos torna inconveniente tanto para la promitente vendedora, como para la institución bancaria o aseguradora, recurrir a condiciones indeterminadas en las promesas. Creemos que éstas son contrarias a la transparencia y buena fe que deben regir los negocios con consumidores: el promitente comprador debe conocer la fecha tope en que podrá disponer del inmueble y no resulta sensato obligarlo a esperar 5 ó 10 años.<sup>18</sup>

43. Continuando con las diferencias, el D.S. N° 61 parece dar a entender que, para que la garantía pierda vigencia, basta que se exhiba a la institución bancaria o aseguradora la inscripción de dominio, sin que sea necesario acreditar que está libre de gravámenes.

#### b) Carácter “irrevocable”:

44. El D.S. N° 61 agregó que “cada anticipo deberá ser caucionado mediante boleta bancaria de garantía o póliza de seguro *con carácter irrevocable* por un monto equivalente a la suma entregada”. Más adelante lo confirma al prescribir que, entre las menciones del certificado que debe emitir la institución bancaria o aseguradora, está “su carácter irrevocable”. ¿Qué significado debemos atribuirle al carácter irrevocable de la garantía? Desde luego, el banco o la compañía de seguros no pueden dejarla sin efecto por su sola voluntad, pues ello conspiraría no sólo contra la ley del contrato, sino también contra la eficacia de la garantía. ¿Querrá decir que la garantía debe ser a primer requerimiento? De ser así, la boleta bancaria de garantía tiene este carácter, pero no ocurre lo mismo con las pólizas de seguro que se emplean para estos casos, puesto que, como veremos, requieren la intervención de un liquidador. Más adelante, cuando efectuemos un análisis comparativo de la boleta bancaria y la póliza de seguro, volveremos sobre este punto.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> La ley no estableció, en esta hipótesis, un plazo máximo para el cumplimiento de la condición, como lo hizo para los casos previstos en las letras a) y b) del inciso 3° del artículo 138 bis de la LGUC. En efecto, el inciso 6° del referido artículo dispone: “En los casos previstos en las letras a) y b) del inciso tercero deberá estipularse un plazo para el cumplimiento de la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador y si nada se dijere se entenderá que dicho plazo es de 1 año contado desde la fecha de la promesa”. Cf. *infra* N° 48.

<sup>18</sup> Nos parece aun más reprobable la práctica de ofrecer en la publicidad una determinada fecha de entrega, en carácter “tentativo”, la que difiere del plazo consignado en la promesa de compraventa o que sencillamente se omite en este último. La regla prevista en el artículo 18 de la LGUC, según el cual “Las condiciones ofrecidas en la publicidad se entenderán incorporadas al contrato de compraventa”, no resulta aplicable en la especie, pues no se trata de un contrato de compraventa sino de promesa.

<sup>19</sup> Cf. *infra* N° 57.

**2° La Ley N° 20.007 amplió la gama de garantías permitidas, modificando el enfoque del problema:**

45. La Ley N° 20.007 amplió la gama de garantías que permite el artículo 138 bis de la LGUC, al disponer que:

“La obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía no será exigible respecto de la parte del precio que sea depositada por el promitente comprador en alguno de los siguientes instrumentos, de lo que se dejará constancia en el contrato de promesa:

- a) Cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador.
- b) Depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante.

En los casos indicados en las letras a) y b) del inciso precedente, los montos anticipados serán puestos a disposición del promitente vendedor una vez que se celebre el contrato de compraventa y se inscriba el inmueble a nombre del promitente comprador en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Los depósitos a plazo y las cuentas de ahorro a que alude esta norma deberán cumplir con los requisitos generales establecidos por las disposiciones legales, reglamentarias y normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras vigentes y, además, con los requisitos específicos que al efecto establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

En los casos previstos en las letras a) y b) del inciso tercero deberá estipularse un plazo para el cumplimiento de la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador y si nada se dijere se entenderá que dicho plazo es de 1 año contado desde la fecha de la promesa”.

**46. La regla transcrita cambia el enfoque del problema: ya no es el promitente vendedor el que garantiza al promitente comprador la restitución de los anticipos percibidos, sino que es este último quien inmoviliza ciertos fondos para asegurar al primero la seriedad de su oferta, el pago del precio de la compraventa prometida y, eventualmente, de las cláusulas penales que se hubieran estipulado.** La inmobiliaria o constructora puede no tener necesidad de los anticipos de sus promitentes compradores, pues ya tiene asegurado el financiamiento del proyecto con recursos propios o bancarios. Le interesa, sin embargo, que exista una erogación de parte del promitente comprador, con la exclusiva finalidad de asegurar la seriedad de su intención de adquirir y que, una vez concluidas las obras, celebrará la compraventa pro-

metida o, en caso de incumplimiento, podrá imputar esos fondos al pago de las multas previstas en la promesa. En ese contexto, parece coherente que el promitente comprador entere su anticipo en una cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos o bien tome un depósito a plazo que quede en custodia notarial. De esta forma, el promitente comprador tiene la tranquilidad de que no perderá sus fondos en caso de un incumplimiento o quiebra de la inmobiliaria o constructora y esta última está también asegurada de que, si termina en regla la obra, podrá imputar esos fondos al precio de venta o bien hacer efectiva la multa, en caso de desistimiento del promitente comprador.

47. El inciso 4° del artículo 138 bis de la LGUC no exige, al menos expresamente, para que los montos anticipados sean puestos a disposición del promitente vendedor, que la inscripción se haya practicado libre de gravámenes o prohibiciones, como lo requiere el inciso primero, para las garantías consistentes en boleta bancaria o póliza de seguro. Creemos que, existiendo la misma razón, debe aplicarse en ambos casos la misma regla.

**48. El legislador se preocupó, en este caso, de que la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador no fuera indeterminada, es decir, que tuviera un plazo máximo para su cumplimiento o, si se quiere, para estimarla fallida.** A falta de esta norma, el promitente comprador quedaría en una posición incómoda, pues no podría recuperar la libre disposición de su dinero mientras no se completara el plazo máximo para el cumplimiento de la condición, plazo que, según vimos más arriba, puede ser de 5 ó 10 años, según la doctrina que se siga.<sup>20</sup> En todo caso, las partes pueden ampliar o restringir el término de un año, pues se trata de una norma disponible por los particulares (“si nada se dijere”).

**3° Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.007 no prosperó la posibilidad de que el promitente comprador pudiera depositar parte del precio en una cuenta de ahorro, otorgando un mandato a la entidad bancaria para que ésta pagara al promitente vendedor contra el avance de las obras.**

49. Esa alternativa estaba considerada en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, pero fue suprimida por el Senado, lo que originó la formación de una Comisión Mixta, que dirimió a favor de este último. Esa regla hubiera permitido instaurar, en nuestro medio, una fórmula que existe en el derecho comparado,<sup>21</sup> a fin de que la inmobiliaria o constructora pudiera emplear esos fondos en el proyecto, imponiendo a la institución bancaria la obligación de velar por la correcta inversión de esos recursos.

<sup>20</sup> Cf. *supra* N° 42.

<sup>21</sup> Cf. *supra* N° 34 y nota al pie correspondiente.

**4° ¿En qué forma y oportunidad debe constituirse la garantía tratándose de pagos fraccionados? El subterfugio del pago cero al momento de la promesa.**

50. Una de las mayores dificultades que ha generado la normativa en estudio es su aplicación a los pagos fraccionados. Así, puede ocurrir que al momento de la promesa no se anticipe monto alguno, postergándose los pagos para una etapa posterior. También puede ocurrir que, al momento de la celebración de la promesa, se anticipe una parte del precio y se postergue el saldo para una época posterior, durante la vigencia de la promesa y antes de la celebración de la compraventa.

51. Hoy día, después de la entrada en vigencia del D.S. N° 61 y de la Ley N° 20.007, parece ser claro que al momento de la celebración de la promesa de compraventa sólo deben garantizarse los anticipos que se paguen en esa oportunidad y que los pagos posteriores deberán caucionarse a medida que se vayan realizando.

Bajo el imperio de la Ley N° 19.932, hubo quienes entendieron que, aun cuando al momento de celebrarse la promesa se anticipara sólo una parte del precio, la garantía debía constituirse de todos modos por la totalidad de éste. Esa interpretación pugnaba, naturalmente, con una recta inteligencia de la finalidad de la norma, que apuntaba a garantizar exclusivamente los dineros anticipados por el promitente comprador, e incrementaba desmedidamente el costo de la garantía. El texto legal prescribía que la garantía debía incorporarse al contrato “en un valor igual a la parte del precio del bien raíz **entregado** por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo” (el subrayado es nuestro).

El D.S. N° 61 dispuso esas dudas, al disponer que: “Si en el respectivo contrato de promesa, el promitente comprador paga en ese acto **todo o parte** del precio de la compraventa o se obliga a pagarlo antes de la formalización del contrato de compraventa prometido, **cada anticipo** deberá ser caucionado mediante boleta bancaria de garantía o póliza de seguro con carácter irrevocable, **por un monto equivalente a la suma entregada**” (el subrayado es nuestro).

La Ley N° 20.007 confirmó esa evolución, al incorporar en el inciso primero del artículo 138 bis de la LGUC la frase “en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz”.

Para los anticipos que se hagan en cuenta de ahorro o depósito a plazo, según lo permite el inciso 3° del artículo 138 bis de la LGUC, rige la misma regla, pues en éste se lee: “La obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía no será exigible **respecto de la parte del precio que sea depositada** por el promitente comprador en alguno de los siguientes instrumentos” (el subrayado es nuestro).

**52. Aplicando los criterios antes expuestos, la práctica generó un subterfugio para eludir el otorgamiento de la garantía. La fórmula consiste en dejar constancia expresa en la promesa que, al momento de su celebración, el promitente comprador no ha anticipado suma alguna al promitente vendedor.** De esa forma, como no existe anticipo que garantizar, el notario puede autorizar las firmas estampadas en la promesa, sin infringir lo dispuesto en el artículo 138 bis inciso 2° de la LGUC. En la misma promesa se posterga, para una fecha posterior (bastan algunos días), la obligación del promitente comprador de pagar el anticipo al promitente vendedor. Naturalmente, esos anticipos debieran garantizarse, a medida que se vayan realizando. Surge entonces la interrogante: **¿cuál es la sanción si, con posterioridad a la promesa, el promitente comprador efectúa una remesa de dinero al promitente vendedor y no se otorga la garantía?** Nótese que la interrogante rige también para los casos en que se haya garantizado el anticipo pagado al momento de la celebración del contrato de promesa, pero no se caucionen los pagos posteriores, efectuados durante la vigencia del contrato. La sanción no puede ser la nulidad de la promesa de compraventa, puesto que la nulidad es una sanción por un vicio originario y, como tal, sólo pueden examinarse los requisitos al momento de la celebración del acto, mas no lo que ocurra con posterioridad. Desde luego, existe un incumplimiento de la obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía, que podrá derivar en la resolución de la promesa de compraventa. También puede explorarse la nulidad del pago del anticipo. Sin embargo, ambas acciones, la de nulidad y la resolutoria, derivan en acciones restitutorias, las que serán ineficaces en caso de insolvencia de la promitente vendedora. La aplicación de las sanciones penales del artículo 470 N° 9 del Código Penal al caso en estudio nos parece también dudosa, pues el tipo se sitúa al momento de la suscripción de la promesa de compraventa ("suscribiere o hiciere suscribir"), en circunstancias que, en la especie, se omitió garantizar pagos posteriores.

**5° ¿Cuál garantía escoger?: análisis comparativo de la boleta bancaria y de la póliza de seguro.**

**53. En la práctica de los negocios, las cauciones aplicadas son la boleta bancaria de garantía y la póliza de seguro, con preponderancia de esta última.** El recurso a las garantías contenidas en las letras a) y b) del inciso 3° del artículo 138 bis de la LGUC es excepcional. Por lo mismo, limitaremos nuestro estudio comparativo a las primeras.

**54. Desde luego, tanto el banco como la compañía de seguros evaluarán a su cliente, el promitente vendedor, antes de acceder al otorgamiento de las garantías.** La evaluación corresponde a aquella que se efectúa para la apertura de una línea de crédito e irá acompañada, las más de las veces, de la exigencia de contragarantías, tales como una hipoteca constituida por la inmobiliaria o

constructora a favor de la institución bancaria o aseguradora, para asegurar la restitución de los montos que estas últimas deban desembolsar en pago de las boletas o pólizas que los promitentes compradores hagan efectivas.

**55. ¿Quién tiene derecho a escoger la garantía?** En los hechos, es el promitente vendedor quien escoge no sólo si otorgará boleta bancaria o póliza, sino también el banco o compañía de seguros con el cual operará. El promitente comprador debe sencillamente allanarse o bien abstenerse de celebrar la promesa de compraventa. En todo caso, la ley exige que la garantía debe ser “aceptada por el promitente comprador” (art. 138 bis LGUC).

56. Desde luego la conveniencia de una u otra garantía depende de quién efectúe la evaluación (promitente comprador o vendedor) y de los factores que tengan para él preponderancia. Por lo mismo, en las líneas que siguen expondremos las diferencias entre la boleta bancaria y la póliza, de tal suerte que, de ese estudio comparativo, puedan surgir los criterios a considerar.

**57. La boleta bancaria es una garantía autónoma, pagadera a primer requerimiento**, de tal suerte que basta que el beneficiario la presente al cobro para que el banco esté obligado a pagarla, sin que pueda detener u obstaculizar el pago, salvo el caso de fraude o abuso manifiesto que emane de prueba líquida.<sup>22</sup> **Las pólizas de garantía con que se está operando para asegurar al promitente comprador la restitución de los anticipos, en cambio, no son pagaderas a primer requerimiento, sino que exigen la intervención de un liquidador**, que se pronuncie acerca del siniestro, el que dará curso al pago de la indemnización sólo en los eventos previstos en la póliza. Nótese que el seguro de garantía puede también tener carácter autónomo, de ejecución inmediata, pero ocurre que las pólizas que se están utilizando en el mercado para garantizar el siniestro que nos ocupa no tienen ese carácter, sino que, como se dijo, exigen la intervención de un liquidador, quien debe “investigar las circunstancias del siniestro para determinar si el riesgo asegurado gozaba de la cobertura contratada en la póliza” (art. 14 letra a del Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, D.S. Hacienda N° 863, D. Of. 5.04.90).

El tenor de las pólizas debe ser registrado en la Superintendencia de Valores y Seguros y puede consultarse en la página [www.svs.cl](http://www.svs.cl). En la revisión que hemos efectuado, detectamos varias pólizas destinadas a cubrir el siniestro que nos ocupa, pero todas tienen el rasgo común de exigir la intervención de un liquidador. A título ejemplar, en la póliza 104021, intitulada “Póliza de garantía para contratos de promesa de compraventa, con pago de indemnización sujeto

<sup>22</sup> CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N°s 250 y s., pp. 186 y s.

a liquidación”, registrada mediante resolución de 22.04.2004, a petición de MAPFRE Garantías y Crédito S.A. Compañía de Seguros, se lee: “Configurado de esta manera el siniestro, la Compañía dispondrá la correspondiente liquidación de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros que consta del Decreto de Hacienda N° 863, publicado en el Diario Oficial de fecha 5 de abril de 1990”. Es el caso también de la póliza N° 105018, registrada mediante resolución del 26/04/2005, por la Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A., intitulada “Póliza de garantía con liquidador para ventas de inmuebles”, y de la póliza N° 195042, registrada mediante resolución 069, del 13/04/1995, por Garantías y Crédito de Chile S.A., intitulada “Póliza de Garantía para Contratos de Promesa de Compraventa”.

**En razón de lo anterior, más arriba<sup>23</sup> nos interrogábamos qué sentido debe atribuirse a la exigencia impuesta por el D.S. N° 61 en orden a que la garantía debe ser “irrevocable”.** Si debiera tratarse de garantías autónomas o independientes, a primer requerimiento, las pólizas de seguro con que se está operando no satisfarían esa exigencia, lo que pudiera acarrear las sanciones por no otorgamiento de la garantía exigida en conformidad a lo prevenido en la LGUC y en la OGUC. Cualquiera sea la respuesta, lo concreto es que hoy en día se ofrecen dos formas de garantía, la boleta bancaria y la póliza de seguro, cauciones que aparecen como equivalentes para el lego, pero que, en realidad, son absolutamente disímiles, cuyas certezas en el pago y costo no son homologables, toda vez que la póliza de seguro ofrecida no es de aquellas de ejecución inmediata, sino que requiere la intervención de un liquidador. En síntesis, en el estado actual, la inmobiliaria o constructora debiera preferir otorgar una póliza de garantía sujeta a liquidación y el promitente comprador una boleta bancaria de garantía.

**Para ilustrar estos propósitos, conviene traer a colación aquí la dificultad que se presentó al calificar las garantías exigidas por el artículo 183 J del Código del Trabajo, en su tenor después de la modificación introducida por la Ley N° 20.123, sobre subcontratación.** El inciso 4° de dicho artículo prescribe que: “La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta”. Se planteó la interrogante en orden a qué debía entenderse por “instrumento de similar liquidez”. La Dirección del Trabajo resolvió, en sucesivos dictámenes, que las pólizas de seguro sujetas a liquidación no satisfacen ese requerimiento, puesto que no ofrecen la certeza ni liquidez de un pago inmediato, sino que están

<sup>23</sup> Cf. *supra* N° 44.

sujetas a la intervención de un liquidador, pero que sí pueden considerarse como “instrumentos de similar liquidez” las pólizas de ejecución inmediata, las que ya han sido registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros y aceptadas por la Dirección del Trabajo.<sup>24</sup>

**58. Cuando se presenta una boleta bancaria a cobro, el banco paga el importe total de ésta, aun cuando los daños efectivos sean inferiores.** El tomador conserva el derecho a exigir la restitución del monto que exceda a los daños efectivos, salvo que se haya estipulado una cláusula penal, que le permita conservar la diferencia.<sup>25</sup> **En la póliza de seguro, en cambio, el liquidador está obligado a “determinar el verdadero valor del objeto asegurado a la época del siniestro, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar,** informando fundadamente al asegurado y al asegurador la procedencia o rechazo de la indemnización” (art. 14 letra b del Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, D.S. Hacienda N° 863, D. Of. 5.04.90). La regla deriva del carácter indemnizatorio del seguro, consagrado en el artículo 517 del Código de Comercio, de tal suerte que el asegurador sólo debe indemnizar el perjuicio efectivamente sufrido por el asegurado como consecuencia del siniestro, dentro de los límites establecidos en el contrato y que no pueden exceder la suma asegurada.<sup>26</sup> Nótese que la

<sup>24</sup> En el Ordinario N° 4786/090, de 02.11.2006, la Dirección del Trabajo dictaminó que: 1) Por “instrumento de similar liquidez”, expresión utilizada en el inciso 4° del artículo 183J del Código del Trabajo, debe entenderse todo aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo. 2) La póliza de seguro no constituye un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata. Luego, en el Ordinario 0265/008, de 17.01.2007, la misma Dirección complementó el Ordinario N° 4786/090, de 02.11.2006, en el sentido que: “Con respecto a la factibilidad de considerar dentro de los instrumentos idóneos para los efectos que nos ocupan, los depósitos bancarios, específicamente, según lo señala el recurrente, el depósito a plazo tomado en unidades de fomento, cabe señalar que en conformidad con la normativa que regula la materia, entre otras, la Recopilación de Normas sobre Captaciones e Intermediación emanada del Banco Central de Chile y Recopilación de Normas de Bancos y Financieras, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, los citados depósitos, ya sea, a plazo fijo, a plazo renovable o a plazo indefinido, no presentan inconvenientes para su liquidez”. Finalmente, en el Ordinario 465/011, de 01.02.2007, la Dirección del Trabajo resolvió que “La Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresa de Servicios Transitorios inscrita en los registros de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 07004, puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del Código del Trabajo”. Para resolver así, se tuvo en vista el informe de la Superintendencia de Valores y Seguros que reza: “Acerca si el modelo cumple con los requisitos de liquidez contemplados en el artículo 183 J del Código del Trabajo, en opinión de este Servicio en términos pactados la póliza en comentario y la boleta de garantía presentan características similares, en cuanto en ambas hay un compromiso incondicional a su pago a solo requerimiento del beneficiario. Con ese objeto el modelo de póliza prevé el pago al beneficiario previa formalización del siniestro, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 6°; lo cual conlleva una renuncia a la liquidación a través del procedimiento contemplado en la Ley y el Reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros”.

<sup>25</sup> CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N°s 231 y s., pp. 171 y s.

<sup>26</sup> Cf. LEMBEYE VALDIVIA, Jorge, *Seguro de garantía*, inédito.

diferencia que apuntamos se presenta entre la boleta bancaria y las pólizas sujetas a liquidación, puesto que las pólizas de ejecución inmediata son, en este punto, idénticas a la boleta bancaria.

### **59. Los bancos normalmente exigen la presentación material del documento en que se emitió la boleta bancaria de garantía para su cobro.<sup>27</sup>**

Lo anterior, unido al carácter de ser una garantía cuyo pago es exigible a solo requerimiento, explica la reticencia de las inmobiliarias o constructoras a entregar la boleta al promitente comprador, prefiriendo dejarla en poder del notario autorizante, con carta de instrucciones, para que sólo pueda ser retirada en caso de efectivo incumplimiento. Para la promitente vendedora es sumamente delicado que cada uno de sus promitentes compradores que pagó un anticipo tenga en su poder una boleta bancaria cuyo pago pueda exigir al banco emisor en cualquier momento. La práctica ha revelado, nuevamente, un especial ingenio en la redacción de esas instrucciones, las que llegan incluso a privar, en los hechos, de la posibilidad de hacerlas efectivas.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N°s 215 y s., pp. 161 y s.

<sup>28</sup> Surge aquí otra vía por la cual, dando la apariencia de haberse otorgado la garantía en conformidad a la ley, en los hechos se dificulta y prácticamente se impide que el promitente comprador pueda retirar la boleta bancaria de la notaría mientras esté aún vigente. La cláusula que a continuación transcribimos, rescatada de un contrato de promesa de compraventa, es un buen ejemplo de lo que afirmamos: "De conformidad a lo establecido en el artículo primero de la ley diecinueve mil novecientos treinta y dos, y con el efecto de resguardar al promitente comprador la parte del precio que este paga, se toma una Boleta de Garantía del Banco XXX, aceptada por este último, y respecto de la cual las partes acuerdan lo siguiente; a) Que las boletas de garantía quedarán en poder del señor Notario autorizante. b) Que serán entregadas al promitente comprador, si llegado el día del vencimiento de la boleta de garantía, habiendo éste dado fiel cumplimiento a lo pactado en promesa de compraventa, y estando el promitente vendedor en condiciones de otorgar la escritura pública definitiva, no cumpliera culpablemente este último con la obligación de concurrir a su suscripción. c) En el caso de que a la fecha del vencimiento de la boleta de garantía, el promitente vendedor no esté en condiciones de otorgar la escritura de compraventa definitiva, el promitente comprador sólo podrá hacer uso de una de las siguientes alternativas: Uno) Solicitar el retiro de la boleta de garantía al notario autorizante, dándose término al presente contrato de Promesa de Compraventa, desistiendo automáticamente de los derechos otorgados en éste, sin ulterior responsabilidad para ninguna de las partes, otorgando poder suficiente y bastante como en derecho corresponde para que la promitente vendedora en su nombre y representación celebre la respectiva escritura de resciliación. Dos) Manifestar en ese mismo acto y ante el notario autorizante su intención de perseverar en la ejecución del contrato, en cuyo caso autoriza la renovación de la boleta de garantía a un plazo que se acordará de común acuerdo entre las partes. En este evento, se renovará el procedimiento establecido en las letras a, b, c y d de la presente cláusula y la escritura definitiva se celebrará dentro del plazo de quince días contados desde la data en que el promitente vendedor informe al promitente comprador el hecho que se encuentra en condiciones de celebrar el contrato de compraventa. Si el promitente comprador no concurriere a la firma de la escritura, además de pagar la multa pactada, otorga en este acto poder suficiente y bastante como en derecho corresponda, para que la promitente vendedora en su nombre y representación celebre la respectiva escritura de resciliación. d) Las partes acuerdan que el promitente comprador no podrá retirar la boleta de garantía si una vez celebrada la escritura definitiva y antes de inscrita o en trámite de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces se cumpliere el vencimiento indicado de la boleta de garantía".

**Para cobrar la póliza, en cambio, no es requisito indispensable que el promitente comprador disponga del documento original, bastando que ésta figure en los registros de la aseguradora.** Le bastarán, entonces, los datos que, según el artículo 3.4.7 de la OGUC, debe contener el certificado que al efecto emitirá la aseguradora y que se incorporan en el contrato de promesa de compraventa.

**60. La boleta bancaria de garantía es considerada como deuda y, por lo mismo, figura en los registros públicos de endeudamiento** a los cuales tienen acceso todas las instituciones bancarias, por disposición de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Por lo mismo, las boletas bancarias de garantía limitan la capacidad de crédito de la inmobiliaria o constructora.

Las pólizas de seguro, en cambio, no están sujetas a la misma publicidad.

61. En cuanto a los **costos** de cada garantía, la boleta bancaria suele ser más onerosa que la póliza de seguro. Si la póliza a considerar fuera de ejecución inmediata, como lo es la boleta bancaria, la brecha se reduciría.

63. La póliza de seguro permite reflejar en su condicionado todos los **pagos parciales** que contempla la promesa, en circunstancias que, si se desea recurrir a la boleta bancaria, habrá que otorgar tantas como pagos existan. Esta ha sido también una gran ventaja de la póliza de seguro en la competencia con la boleta de garantía por el mercado de las ventas en verde, ya que el costo administrativo de generar las garantías es notoriamente más reducido en el caso de las pólizas. En efecto, al momento de emitir la póliza, se refleja en su condicionado el calendario de pago que proyectaron las partes y los costos financieros de la garantía sólo se devengarán a partir de las fechas previstas en dicho condicionado. En la boleta bancaria, en cambio, habrá que emitir tantas como pagos existan, a medida que se vayan generando esos anticipos; si se emitieran todas las boletas al celebrarse la promesa de compraventa, el costo financiero se dispararía, por dineros que el promitente vendedor aún no ha percibido.

64. Las compañías de seguros han sido también particularmente ágiles en la generación de sistemas que permiten a la inmobiliaria o constructora generar las pólizas por vía informática, en el mismo puesto de venta, las que se pueden imprimir en ese acto, incluso durante los fines de semana, postergando tan sólo la autorización notarial de las firmas. La emisión de las boletas bancarias exige, en cambio, formularios seriados, durante días hábiles y en las horas de atención de público de los bancos.

**6° Referencia a la forma de garantía regulada en el artículo 16 de la Ley 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria.**

65. Existe otra garantía relacionada específicamente con el área inmobiliaria y con la construcción, regulada en el artículo 16 inciso 3° de la Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria, que prescribe:

“Se podrá constituir hipoteca sobre una unidad de un condominio en etapa de proyecto o en construcción, para lo cual se archivará provisionalmente un plano en el Conservador de Bienes Raíces, en el que estén singularizadas las respectivas unidades, de acuerdo con el permiso de construcción otorgado por la Dirección de Obras Municipales. Esta hipoteca gravará la cuota que corresponda a dicha unidad en el terreno desde la fecha de la inscripción de la hipoteca y se radicará exclusivamente en dicha unidad y en los derechos que le correspondan a ésta en los bienes de dominio común, sin necesidad de nueva escritura ni inscripción, desde la fecha del certificado a que se refiere el inciso segundo del artículo 10, procediéndose al archivo definitivo del plano señalado en el artículo 11”.

El artículo 138 bis de la LGUC no acepta esta garantía hipotecaria para los efectos de asegurar la restitución de los anticipos de la promesa de compraventa. Estamos también conscientes de que la eficacia de esta garantía hipotecaria será reducida si es que, como ocurre en la generalidad de los proyectos inmobiliarios, el predio en el cual se levanta la construcción está gravado con hipoteca de primer grado, con cláusula de garantía general, a favor del banco que lo financia. Quizá eso explique su escasa utilización en la práctica de los negocios.

**66. A modo de conclusión, ¿Cuál es el juicio de mérito que nos merece la normativa que ha sido objeto de nuestro estudio y cuáles debieran ser los desarrollos futuros?** La idea inspiradora merece aplausos, pero la técnica legislativa para implementarla fue deplorable. Durante el análisis hemos expuesto las deficiencias que contenía la Ley N° 19.932, las que tuvieron que ser resueltas sobre la marcha, primero mediante el D.S. N° 61 y luego por la Ley N° 20.007, transcurrido poco más de un año después de la ley primitiva.

En cuanto a la eficacia de la normativa, tenemos la sensación (desconocemos estudios estadísticos) de que su grado de cumplimiento sigue siendo bajo, motivado no sólo por la resistencia de los agentes inmobiliarios, sino también de los promitentes compradores a quienes pretende proteger, por la renuencia de éstos a asumir el costo de la garantía. Persisten zonas grises, tales como la omisión de la garantía para las órdenes de reserva o para los gastos operacionales, o sencillamente el no otorgamiento de garantía para los anticipos que se efectúen durante la vigencia de la promesa.

El sistema de sanciones ideado por la ley tampoco parece ser apropiado y creemos que es un tema sobre el cual debiera trabajarse en una futura modificación. La nulidad de la promesa no asegura que el promitente comprador obtendrá la restitución de su anticipo y la generalización de las sanciones penales por incumplimientos contractuales no nos parece prudente.

De *lege ferenda*, creemos que se podría luchar contra el desconocimiento de la normativa, con lo que, dicho sea de paso, se incrementaría su eficacia, estableciendo la obligación de consignar en la publicidad el deber de la promitente vendedora de garantizar los anticipos, como ocurre en España. Pensamos que podría establecerse también la obligación de restituir los anticipos a lo menos reajustados e, idealmente, con intereses.

Más temprano que tarde habrá que discutir en nuestro medio la obligación de que el promotor inmobiliario asegure, por alguno de los medios que señala el artículo 138 bis de la LGUC, no sólo la restitución de los anticipos, sino también la calidad de los inmuebles construidos. Esa pretensión fue planteada durante la discusión de la Ley N° 19.932, en una indicación sustitutiva formulada por el diputado Bustos, pero no prosperó.<sup>29</sup> La fórmula ya existe en el derecho comparado, en países como Francia y España.<sup>30</sup> Naturalmente, habrá que resolver si nuestro mercado inmobiliario está maduro como para imponerla y si la realidad económica chilena y, particularmente, la de los adquirentes de viviendas, puede financiarla, sin incrementar en demasía el costo de los inmuebles.

Formulamos votos para que la crisis económica que vivimos actualmente, y cuyos efectos se han proyectado ya al mercado inmobiliario, no nos brinde la triste oportunidad de aplicar la normativa objeto de este estudio.

---

<sup>29</sup> En la indicación sustitutiva presentada por el diputado Bustos, cuyo texto aparece en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 30 de abril de 2003, se lee: "Agrégase el siguiente artículo 138 bis a la Ley General de Urbanismo y Construcciones: Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, y que celebren contratos de promesa de compraventa sobre unidades que no cuentan aún con la recepción municipal definitiva, o bien con la resolución o certificado municipal en el caso de propiedades que corresponda acoger a la Ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria, deberán tomar una póliza de garantía. Ésta, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste, para el evento que el contrato no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición, establecidos por la promitente vendedora, o bien, que las obras realizadas no se ciñan a las especificaciones convenidas".

<sup>30</sup> Cf. artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que regula las "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción".

## Bibliografía

ABELIUK MANASEVICH, René

(1983): *El contrato de promesa* (Santiago, Ediar Editores Limitada) 106 pp.

(2001) *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1.148 pp.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 992 pp.

CAPRILE BIERMANN, Bruno

(2002): *La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 223 pp.

(2003): "BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA y CARTA DE GARANTÍA INTERBANCARIA (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)", *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 8, pp. 95-112.

CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen (2000): *Derecho de la construcción y la vivienda* (Madrid, Editorial Dilex) 706 pp.

DIEZ DUARTE, Raúl (1993): *El contrato de promesa. Estructura civil y procesal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 300 pp.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María, y VERGARA ALDUNATE, Sofía (1993): *La promesa ante el derecho y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Limitada) 525 pp.

LARDINOIS MEDINA, René

(2004): "Ley 19.932. Obligación de garantizar el cumplimiento de contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles", *Informe Jurídico*, Cámara Chilena de la Construcción, N° 2, 2004, 7 pp.

(2005): "Modificación de la ley de ventas en verde", *Informe Jurídico*, Cámara Chilena de la Construcción, N° 4, 2005, 8 pp.

MALAURIE, Philippe, y AYNÈS, Laurent (2005): *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux* (Paris, Éditions Cuyas) 687 pp.

MALINVAUD, Philippe; JESTAZ, Philippe; JOURDAIN, Patrice, y TOURNAFOND, Olivier (2004): *Droit de la promotion immobilière* (Paris, Dalloz) 713 pp.

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000): "Los contratos preparatorios", en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 245-348.

# Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral

**José Miguel Lecaros Sánchez**

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD CENTRAL, UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

UNIVERSIDAD NACIONAL ANDRÉS BELLO

El origen normalmente contractual de los arbitrajes y la investidura privada que tienen los jueces árbitros implica que las resoluciones arbitrales no sólo pueden ser, en ciertos casos, impugnadas mediante los recursos procesales en las oportunidades pertinentes, sino que además pueden, en otros casos, ser impugnadas mediante la acción ordinaria de nulidad. En efecto, el compromiso o cláusula compromisoria y el nombramiento convencional de un árbitro son actos civiles –no procesales– que sólo pueden ser impugnados, en caso de vicio, mediante un procedimiento ordinario de nulidad sustantiva.<sup>1</sup> Nuestros tribunales han delimitado el campo de la acción ordinaria de nulidad que puede impetrarse respecto de las particiones según las mismas reglas que los contratos, señalando que “tiene cabal aplicación siempre que se trate, no de la ritualidad judicial propiamente dicha, sino de vicios o defectos que se refieran en grado prohibido a la naturaleza jurídica de los diversos actos ejecutados en la partición, o en la constitución o existencia del compromiso mismo”.<sup>2</sup> La nulidad sustantiva de la partición, impetrada mediante la acción ordinaria de nulidad, puede entablarse aun después de ejecutoriada el laudo y ordenata, por ejemplo, cuando por nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento del partidor,<sup>3</sup> ha quedado comprometida la jurisdicción del tribunal arbitral. A continuación examinaremos algunas situaciones de vicios en el contexto de un arbitraje, que ameritan un juicio ordinario de nulidad, es decir, de situaciones que no pueden ser atacadas mediante recursos procesales:

- a) Arbitraje constituido contra prohibición legal. Una convención de tal naturaleza sería nula absolutamente por objeto ilícito (artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil), nulidad que afectaría a todo el arbitraje a que diera lugar. En tal caso, entonces, aunque haya sentencia definitiva ejecutoriada, puede

<sup>1</sup> C. de Santiago, Gaceta 1939, T. II, N° 123, p. 515.

<sup>2</sup> RDJ T. X, sección 1ª, p. 525.

<sup>3</sup> RDJ T. XXXVIII, sección 1ª, p. 396.

siempre solicitarse la nulidad del compromiso y ser declarada la nulidad de éste y de todas las actuaciones llevadas a cabo en el arbitraje. Declarada la nulidad, debe entenderse –retroactivamente– que nunca hubo arbitraje, ni árbitro, ni por ende jurisdicción ni cosa juzgada; es decir se vuelve al estado anterior desconociéndose cualquier eficacia o existencia jurídica a las actuaciones realizadas en dicho arbitraje.

- b) Designación como árbitro de una persona inhábil para desempeñar tal función. Tal sería el caso de nombrar como partidador a una persona que no es abogado<sup>4</sup> o nombrar como árbitro a un juez<sup>5</sup> o a una persona jurídica. En tales casos el nombramiento sería nulo de nulidad absoluta por tratarse de un acto prohibido por la ley. En cambio, si se tratara del nombramiento como árbitro de alguien que no siendo inhábil fuere incapaz conforme a las reglas generales, habría un vicio procesal en sus actuaciones (no en el nombramiento) las que deberían impugnarse *in limine litis*, en el mismo arbitraje.
- c) Vicios del consentimiento. Una nulidad sustantiva de la partición podría tener lugar por diferentes vicios; es posible encontrar situaciones de error, fuerza y dolo.<sup>6</sup> Habría error obstáculo, desde luego, si recae sobre la naturaleza del acto sobre el cual se expresa el acuerdo, como por ejemplo si se acuerda compromiso habiendo creído convenir un peritaje; también cuando el error se refiere a la materia sobre que versa el arbitraje, como si por ejemplo en una partición se acuerda la designación de un árbitro para partir cierta comunidad y otro comunero actuó en la convicción de que se partiría una comunidad diferente.<sup>7</sup> Habría también un error sustancial cuando en el compromiso una de las partes incurrió en error acerca de la persona del árbitro que concurrió a designar; pero en cambio sería un error sustancial si el error recae en una cualidad sustancial del árbitro, es decir, determinante en alguna de las partes de su decisión de concurrir al nombramiento. Habría fuerza que vicia el consentimiento cuando una de las partes concurrió al nombramiento del partidador movida por amenazas o presión que pudiera llegar a tener el carácter de actual, grave y determinante que se exige para la generalidad de los actos jurídicos.

<sup>4</sup> RDJ T. VIII, sección 2ª, p. 94.

<sup>5</sup> Gaceta 1925, T. I N° 37, p. 401.

<sup>6</sup> Sobre nulidad relativa por error o dolo de uno de los comuneros al consentir en la partición, ver RDJ T. XXX, sección 1ª, p. 179.

<sup>7</sup> Un reciente fallo de la Corte Suprema casó una sentencia de Corte de Apelaciones que rechazó una apelación fundada en que la Corte no podría conocer de una nulidad sustantiva de una partición relativa a una comunidad en que había controversia sobre los derechos de los comuneros en la comunidad (Sentencia de 18 de julio de 2006, rol 382-04, no publicada).

Pese a que en la práctica el desequilibrio en el poder negociador de las partes, por ejemplo entre los diferentes socios en una sociedad o comuneros en una comunidad, podría llevar a pensar en la aplicación de esta idea, es difícil concebir que ese abuso de posición pudiera llegar a tener los caracteres de fuerza actual, grave y determinante. De ahí la utilidad que tendría reglamentar la constitución de un compromiso en situaciones donde sin llegar a existir una fuerza en los términos exigidos por nuestro derecho civil, hay un abuso de una posición dominante de una de las partes en un contrato y en particular de uno de los comuneros en una comunidad. Finalmente, habrá habido nulidad sustantiva de la partición cuando hubiese existido dolo o fraude de uno de los comuneros para arrastrar al otro, mediante engaño, a celebrar el compromiso. Siendo obra de una de las partes y determinante, habrá existido un vicio de nulidad relativa.

- d) Incapacidad de alguno de los compromisarios. Habrá nulidad –relativa o absoluta, según el caso– si concurre uno de los compromisarios siendo absolutamente incapaz, personalmente o bien sus representantes, a nombre del incapaz pero omitiendo las formalidades habilitantes, o un incapaz relativo sin las formalidades habilitantes que se exigían para concurrir al nombramiento.<sup>8</sup> Pese a que nuestros Tribunales han considerado que en estos casos hay una nulidad sustantiva que es reclamable mediante un juicio ordinario de nulidad,<sup>9</sup> en doctrina se ha discutido que estas nulidades producto de incapacidad de las partes o ausencia de formalidades habilitantes sean nulidades sustantivas.<sup>10</sup>
- e) Nulidad por conflicto de intereses. La autopartición, esto es, aquella en que un comunero actúa personalmente y a la vez en representación de otro, implica un evidente conflicto de intereses en abierto riesgo para los del representado. En ciertos casos esta situación está reglamentada, como el

<sup>8</sup> Todo representante legal o administrador de bienes ajenos debe provocar la partición de una comunidad hereditaria o de inmuebles con autorización judicial, salvo el caso del marido casado en sociedad conyugal que provoca la partición de una comunidad de tal naturaleza en que sea parte su mujer, pues en tal caso necesita autorización de ésta (artículo 1322 del Código Civil); si el marido se niega injustificadamente a concurrir al nombramiento del partidor o provocar la partición, el juez podrá autorizar a la mujer para actuar por sí sola (artículo 138 bis del Código Civil).

<sup>9</sup> Corte de Valdivia, RDJ T. 35 sección 1ª p. 66, y C. Suprema, RDJ T. 38, sección 1ª, p. 396.

<sup>10</sup> Fernando Alessandri considera que se trata de nulidades procesales reclamables *in limine litis* (Alessandri, Fernando, *Partición de bienes*, N°s 40 y 43). En principio nos parece que el nombramiento de un partidor sin estar legalmente representado uno de los comuneros incapaces, provocaría una nulidad sustantiva (Cfr. RDJ T. XXXVIII, sección 1ª, p. 396, y T. XXXII, sección 1ª, p. 312). Sin embargo, nos parece que la omisión de un trámite judicial, como sería por ejemplo la audiencia del defensor público, implicaría únicamente una nulidad procesal.

caso del tutor o curador que en representación del pupilo celebra un acto en el que además tiene un interés personal (artículo 412 del Código Civil).<sup>11</sup> Pero aun en aquellos casos en que no hay prohibición o restricción legal, debe entenderse también que hay una nulidad relativa por el solo hecho de existir un conflicto de intereses. Así, nuestros tribunales han entendido que hay nulidad relativa en la autocontratación de un padre que por sí y en representación de su hijo designa al árbitro.<sup>12</sup> Aunque hay fallos en sentido contrario,<sup>13</sup> creemos, con Alessandri, que “la partición es un juicio doble en que cada comunero ejercita, como parte, derechos propios, en contraposición a los que, recíprocamente y de la misma manera, ejercitan los demás comuneros, de modo que hay entre todos estos incompatibilidad de intereses”.<sup>14</sup> Un reciente fallo de la Corte Suprema sancionó con nulidad relativa una partición donde el mandatario actuó por sí y en representación del mandante, pese a tener facultades amplias de disposición de los bienes del mandante. Argumentó el fallo que pese a los términos amplios de ese mandato de disposición de bienes, “ha de concluirse que ello se refiere específicamente a actos jurídicos realizados con terceros, por cuanto la existencia de intereses evidentemente contrapuestos que se ejercen en un acto particional y de adjudicación de bienes, dada la naturaleza de los mismos y la calidad de comunero que tienen el mandante y el mandatario, podría permitir que este último pospusiera los intereses de su mandante en beneficio de los propios. En consecuencia, sólo es dable concluir que la disposición de los bienes de la mandante a través de un acto particional, bajo la modalidad de la autocontratación, requería de una designación expresa...”<sup>15</sup>

- f) Nulidad por ausencia o ilicitud del objeto o la causa. Habría nulidad sustantiva en una partición si ésta se lleva a cabo no existiendo comunidad, como si por ejemplo habiendo existido indivisión, a la fecha del compromiso o durante el proceso de partición dicha comunidad había terminado, sea por la destrucción del bien común, por haberse reunido todas las cuotas en manos de una sola persona o por haber terminado simplemente por partición. Si al momento de comprometer, alguna de las partes ignoraba que la comunidad había terminado, habrá nulidad de la partición por la

<sup>11</sup> La Corte de Valdivia ha sancionado, a nuestro juicio erradamente, este caso con nulidad absoluta y en otro caso, a nuestro juicio correctamente, con nulidad relativa. El artículo 412 del Código Civil no exige otra cosa que una autorización que es formalidad habilitante requerida en consideración a la calidad o estado de las partes. Cfr. Gaceta 1919, T. I, N° 1265, p. 891, y RDJ T. 35, sección 1ª, p. 66.

<sup>12</sup> RDJ T. 38 sección 1ª, p. 396.

<sup>13</sup> RDJ T. 28 sección 1ª, p. 492 y RDJ T. 35 sección 1ª, p. 66.

<sup>14</sup> Alessandri Arturo, “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, RDJ T. 28, 1ª parte, N° 31.

<sup>15</sup> Corte Suprema, 20 de Julio de 2005, RDJ 2005, Tomo 2.

misma razón por la que hay nulidad de la transacción por falta de objeto en el mismo caso (Cfr. artículo 2455 del Código Civil). Habrá nulidad absoluta de la partición por objeto ilícito si el partidor es persona no habilitada por ley para desempeñar esa función, como si por ejemplo no es abogado o no tiene la libre administración de sus bienes. Asimismo, se ha considerado nula de nulidad absoluta por falta de causa real y lícita a la partición en la que uno de los comuneros aceptó, sin que se acreditara ánimo de liberalidad, que se le adjudicara menos de lo que le correspondía.<sup>16</sup>

- g) Nulidad por falta de solemnidades. Puede suceder que el compromiso se hubiere constituido consensualmente, no por escrito, y en tal caso toda la partición llevada a cabo tendrá una nulidad originaria por falta de solemnidad (Cfr artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales). Igualmente será nula por falta de solemnidad del compromiso aquella partición originada en un compromiso donde faltó la individualización de los comuneros, o la expresión inequívoca de los comuneros de someterse a una partición.

<sup>16</sup> Gaceta de los Tribunales, 1913, 1er semestre, p. 1617.



# Constitucionalismo chileno y su evolución

**Carlos Cruz-Coke Ossa**

Profesor Titular de Derecho Político  
y Derecho Constitucional

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## Primeras manifestaciones de derecho público nacional

Al margen de las promesas de fidelidad que se hicieron al **Rey Fernando VII** con la celebración de la Primera Junta de Gobierno, el 18 de septiembre de 1810 podemos estimar iniciada nuestra historia constitucional.

Efectivamente, la Junta convocó a un Congreso Nacional que sería elegido de conformidad a un Reglamento preparado por el Cabildo, y un claro testimonio de la importancia que los ilustrados criollos otorgaban a la representación popular se encuentra contenido en el texto de la convocatoria:

*“Los representantes de todas las provincias y partidos deben reunirse en esta capital para acordar el sistema que más conviene a su régimen, seguridad y prosperidad durante la ausencia del rey. Ellos deben discutir, examinar y resolver tranquila y pacíficamente qué género de gobierno es el apropiado para el país en las presentes circunstancias; deben dictar reglas a las diferentes autoridades, determinar su duración y facultades; deben establecer los medios de conservar la seguridad interior, y de fomentar los arbitrios que den la ocupación a la clase menesterosa del pueblo, que la hagan virtuosa, la multipliquen y la retengan en la quietud y tranquilidad de que tanto depende la del Estado, y en fin deben tratar de la **felicidad general** de un pueblo que deposita en sus manos la suerte y su prosperidad”.*

Constituido el Congreso y a requerimiento del Cabildo de Santiago, el 14 de agosto de 1811 entró en vigencia el “Reglamento para el Ejercicio de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile”, que para algunos historiadores representa el bosquejo de la primera Constitución. Importante es recordar el siguiente principio contenido en el preámbulo: “Se hace la necesidad de dividir los poderes y/a importancia de fijar los límites de cada uno, sin confundir ni comprometer sus objetos”. El poder se delega interinamente en un cuerpo colegiado, que durará un plazo máximo de un año.

El Reglamento de 1811 tendrá una corta duración, ya que el 4 de septiembre del mismo año don **José Miguel Carrera Verdugo** dirige con éxito **la primera intervención militar**; tanto la Junta Ejecutiva como el Congreso quedan a su merced.<sup>1</sup>

Con el objeto de dar a esta situación de hecho un sello de legalidad, Carrera designa una comisión que redactará el llamado “Reglamento Constitucional Provisorio de 1812”. Aun cuando desde un punto de vista técnico puede ser considerado como una Constitución formal, representa un gran avance en relación con el de 1811.

Es así como en su art. 6° reconoce el principio de la soberana del pueblo y en los arts. 16 y siguientes se reconocen las principales garantías de la libertad, como la libertad de vientre.<sup>2</sup> En cierta medida, se establece la separación del Poder Judicial (art. 17) y en el 23 se consagra la libertad de imprenta:

<sup>1</sup> En una nación calificada como la más institucionalista de América Latina, lo que es efectivo en relación con las Repúblicas de Iberoamérica, no podemos dejar de señalar en este trabajo **las diversas intervenciones militares en nuestra historia constitucional**, que cronológicamente alcanzan a siete; todo ello sin perjuicio de los períodos de anarquía (1823 a 1831 y 1925 a 1932). Revisemos, entonces, las siete indicadas:

1. **4 de septiembre de 1814**: Golpe de Estado del general **José Miguel Carrera Verdugo**: Reglamento constitucional de 1812;
2. **Marzo de 1814**. Facultades amplísimas e ilimitadas para el **libertador general Bernardo O’Higgins Riquelme**, nominado Dictador Supremo. Reglamento para el Gobierno Provisorio;
3. **17 de abril de 1830**. Triunfo conservador (pelucón) contra pipiolos (liberales) en la batalla de Lircay (Talca). Afianzamiento del Presidente de la República, **general Joaquín Prieto Vial** y su Ministro del Interior, Relaciones Exteriores y Culto, **Diego Portales Palazuelos**.
4. **Marzo de 1891**. Triunfo de la mayoría del Congreso Nacional y la oposición sobre el Presidente de la República, **José Manuel Balmaceda Fernández**. Batallas de Con-Con y Placilla. Inauguración del sistema “pseudoparlamentarista” o “parlamentarismo criollo”, de fines de 1891, hasta el 5 de septiembre de 1924;
5. **5 de septiembre de 1924**. Pronunciamiento militar de esa fecha. la junta militar (dos generales y un almirante). Deposición de **Arturo Alessandri Palma** y nueva junta militar, ambas antiparlamentaristas;
6. **Julio de 1925**. Intervención del Ejército, a través del Inspector general, **Mariano Navarrete**, para someter a plebiscito el proyecto de Constitución Política elaborado por la segunda Subcomisión, que había presidido el Presidente Alessandri y su Ministro de Justicia, **José Maza Fernández**. Aprobación de la Constitución de 1925, en plebiscito celebrado el 30 de agosto de 1925;
7. **Pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973**. Deposición del Presidente, **Salvador Allende Gossens**. Asume una Junta de Gobierno formada por los comandantes de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros. Preside el comandante en jefe del Ejército, general **Augusto Pinochet Ugarte**, quien designa una Comisión asesora para el estudio de una nueva Constitución y establece en el Acta Constitucional N° 1, un Consejo de Estado, a quien remite el proyecto constitucional de la Comisión asesora.

<sup>2</sup> El proyecto de Constitución elaborado por la Comisión asesora, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, es sometido a plebiscito, que lo aprueba por el 67,04% de los votos emitidos.

Se entiende por “libertad de vientre” que los hijos de esclavos afincados en el territorio nacional serán seres libres desde su nacimiento. La abolición definitiva de la esclavitud en la República es obra de O’Higgins, el año 1823.

*“La imprenta gozará de una libertad legal; y para que ésta no degenerare en licencia nociva a la religión, costumbre y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el Gobierno y Senado”.*

En marzo de 1814 las fuerzas patriotas experimentan graves reveses y la capital queda abierta a las tropas enemigas. En esta contingencia, en el seno del Cabildo se solicitaba:

*“Un gobierno fuerte, vigoroso, enérgico, provisto de las facultades absolutas que en la antigua Roma se daban a los dictadores de las grandes crisis de la República”.*

Consecuentemente con esta emergencia, el “Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814” confía el poder de un **Dictador Supremo, Bernardo O’Higgins Riquelme, con facultades amplísimas e ilimitadas**, salvo en algunas pocas materias en que debía consultar al Senado (arts. 1º, 2º y 14º).

Cabe tener presente que este es el primer ordenamiento nacional que consulta un Ejecutivo unipersonal; en los anteriores se había encomendado esta función a las Juntas.

## **Las proclamaciones de la independencia y las Constituciones del Libertador general Bernardo O’Higgins**

Después de la batalla de Chacabuco se puso fin a la dominación española en el norte y centro de Chile.

El 17 de febrero de 1817, en Cabildo Abierto, es elegido el Libertador general Bernardo O’Higgins, Director Supremo.<sup>3</sup> En noviembre del mismo año, convocaba a un plebiscito para resolver acerca de la independencia del país:

<sup>3</sup> Efectivamente, D. Bernardo O’Higgins Riquelme es Libertador de América. Así lo dispuso por lo demás la Junta de Gobierno del Régimen Militar (1973-1990), en decreto de mediados de la década de 1970. Por otra parte, esta calidad de Libertador la tiene soberanamente bajo el punto de vista histórico. En efecto, contribuyó junto a San Martín al triunfo y consolidación de la independencia de nuestra Nación en las batallas de Chacabuco y de Maipú, entre otras acciones bélicas. Asumiendo en 1814 la dirección suprema de la República, se abocó con energía, talento y enormes sacrificios a la adquisición de los cuatro primeros barcos de guerra que dieron vida a nuestra primera escuadra nacional y llamó a la conscripción nacional para dar vida a la expedición libertadora del Perú, la que formada por el resto del ejército de Los Andes, el 90% de su dotación castrense estaba constituido por criollos patriotas chilenos, que comandó triunfante el Libertador San Martín, derrotando el último bastión español en Latinoamérica.

Como anécdota que muestra nuestro orgullo nacional, a fines de la década de 1950 y siendo embajador de Chile en Perú ese hombre eminente que fue el **Dr. Eduardo Cruz-Coke Lassabe**, en una sesión del congreso pleno peruano, que presidía el político y ministro del exterior, embajador de esa Nación, Sr. Porras Barrenechea, en su discurso en homenaje a los Libertadores latinoamericanos nombró

*“Nadie acudió a poner firma destinada al voto negativo; y en cambio, todo el pueblo –incluso las mujeres–<sup>4</sup> firmó el libro en que se sancionaba la declaración emancipadora”.*

Con fecha 2 de febrero de 1818 el Libertador O’Higgins firmó en Talca el Acta declaratoria, para que la independencia fuera proclamada y jurada en todos los pueblos, en el primer aniversario de Chacabuco.

No obstante la general aceptación con que contaba el gobierno del Libertador general Bernardo O’Higgins en esos momentos, el 17 de abril de 1818 el Cabildo de Santiago solicitaba la dictación de un estatuto constitucional “para que no apareciera el país sometido a la voluntad de un solo hombre”.

El Libertador general nombró una Comisión redactora y el proyecto elaborado por ésta fue sometido a consulta popular:

*“Si la pluralidad de los votos de los chilenos ilibres lo quisiese, este proyecto se guardará como una Constitución provisoria; y si aquella pluralidad fuese contraria, no tendrá la Constitución valor alguno”.*

Aprobada abrumadoramente en el referéndum, la Constitución Provisoria de 1818 puede ser considerada la primera Carta Fundamental de nuestro país. En su extenso articulado se consulta la casi totalidad de los principios del constitucionalismo clásico. En el Capítulo I, Título II, se declara que pertenece a la Nación “la soberanía o facultad de instalar su gobierno y dictar las leyes que le han de regir”. Reconoce, igualmente, el principio de separación de poderes. El Legislativo reside en un Senado, compuesto de cinco vocales nombrados por el Director Supremo, quien ejerce el Ejecutivo. El Poder Judicial reside en un

---

a Bolívar, San Martín, Sucre, Artigas y otros más; no mencionó a O’Higgins. De inmediato el Dr. Cruz-Coke y toda la embajada de Chile se retiraron sorpresivamente del recinto plenario, ante la expectación pública que esta patriótica actitud produjo. El Sr. Porras debió disculparse posteriormente ante nuestro embajador y el personal de la delegación chilena. Este es un atributo elocuente a nuestra Nación y al principal héroe de nuestra Independencia nacional.

<sup>4</sup> Es muy importante destacar este hecho de que **la casi totalidad de las mujeres chilenas** firmaran su apoyo a la Independencia Nacional en los registros parroquiales abiertos para esos efectos (no existían, como es dable entender, registros ciudadanos en la naciente República). Esta lealtad a la causa independentista de la naciente Nación es un hecho sobresaliente, pues constituye un mayor y glorioso acto histórico, toda vez que la inmensa mayoría del clero, dirigido por el Obispo Zorrilla, era casi unánimemente pro hispanista.

Sin embargo, la injusticia histórica con el sexo femenino se evidenció en las Constituciones posteriores (1818, 1820, 1823, 1828, 1833 e incluso 1925), **les negaron a nuestras mujeres el derecho a sufragio por más de un siglo**. Recordemos que sólo en 1930 lo lograron para los comicios municipales y en 1949 para las elecciones políticas. Han sido ellas el factor más importante de equilibrio institucional, sin caer en “feminismos” agresivos y trasnochados...

Tribunal Supremo y en todos los tribunales que se establezcan por ley (Cap. I, Título V).

Los dos capítulos del Título I, destinados a "Los Derechos y Deberes del Hombre en Sociedad", el Art. 1° da la pauta del contenido de los mismos: *"Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil siguiendo a Rousseau."*

A comienzos de 1822 la opinión pública se manifiesta contraria a la supervivencia del Estatuto provisorio y pide la dictación de una Constitución en cuya elaboración intervengan representantes libremente designados.

Con tal propósito, el Libertador general Bernardo O'Higgins designó una Convención Preparatoria, la cual establecería las bases para la Corte de Representantes solicitada por el Cabildo. Sin embargo, aduciendo razones prácticas, el Director Supremo transformó el carácter de dicha comisión preparatoria en constituyente.

El proyecto de Constitución fue preparado y redactado por el Ministro de Hacienda y de Guerra, **José A. Rodríguez Aldea**.

Discutido en forma precipitada en el seno de la Convención, terminó por ser aprobado y finalmente promulgado y jurado como Constitución, el día 30 de octubre de 1822.

En el Preámbulo se contienen significativos conceptos de derecho público y apartándose de la concepción racionalista que imperaba en esa época en todas las latitudes, se admite el carácter eminentemente temporal de la Constitución: *"No cerramos la puerta a las mejoras sucesivas"*.

El texto consulta básicamente todos los principios del constitucionalismo clásico.

Entre las novedades que ofrece este estatuto hay una que se refiere al órgano legislativo: por primera vez **se adopta el sistema bicameral, Senado y Cámara de Diputados**. La composición del Senado podría ser considerada como un germen del "corporativismo" (T. IV, arts. 17 a 19).

Es probable, como anotan algunos autores, que la Carta de 1822 bien recibida y patrióticamente practicada hubiese sido un factor eficiente en la educación de nuestra nacionalidad y una etapa importante de nuestra vida constitucional. Pero es evidente que no estaban dadas las condiciones favorables para la aplicación de la nueva Constitución: el día 28 de enero de 1823 el Libertador

general Bernardo O'Higgins –presionado por el levantamiento que dirigió el general Freire en Concepción y por la actitud amenazante de la aristocracia y el vecindario de Santiago– abdicó a la dirección suprema de Chile, entregando su ejercicio en una Junta de tres ciudadanos.

## La Constitución de 1823

La abdicación de O' Higgins **dejó tras de sí un desconcierto político**. La Junta que asumió provisoriamente el Gobierno declaró abrogada la Constitución de 1822 y dictó su propio Reglamento Orgánico, pero no logró el reconocimiento de las provincias de Coquimbo, Talca y Concepción.

Después de muchas discusiones, se convino en que las provincias de Santiago formara una asamblea, como las que funcionaban en las provincias de Concepción y Coquimbo; en la representación de las tres asambleas reunidas en la capital, eligieran el Gobierno interino que debía convocar al Congreso Constituyente.

Al decir de los historiadores, la elección de los miembros del Congreso Constituyente se llevó a efecto sin incidentes y sin intervención directa por parte del Gobierno.

**Juan Egaña** –Presidente de la Comisión designada por el Congreso Constituyente– fue, en definitiva, el principal redactor del texto que se promulgaría como la Constitución de 1823.

Una vez más encontramos consultados en un texto nacional todos los principios del constitucionalismo: soberanía nacional, derechos fundamentales y sus garantías, separación de poderes, supremacía constitucional. Sin embargo, la complejidad de las instituciones que en ella se establecían y el procedimiento engorroso determinado para la tramitación de las leyes hacían imposible poner en práctica la Constitución.

Esta circunstancia –a la cual hay que sumar otras derivadas de la lucha por el poder– originó una muy pronta abrogación de la Constitución de 1823, a la cual tradicionalmente **se la moteja de "moralista"**, por las numerosas prescripciones que contiene y que atañen a la conducta privada de los ciudadanos y a lograr la **"plena felicidad..."**.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Aquella de la "conducta privada ciudadana" y llegar a la "felicidad" de cada uno de nosotros y del pueblo, mirado genéricamente, es típica frase "lema" del liberalismo político de los siglos XVIII y XIX. En efecto, los liberales, como **John Locke**, el gran pensador y filósofo inglés del siglo XVIII, creían que el

## La Constitución de 1828

El origen de la Constitución de 1828, en apretada síntesis, puede concretarse en los siguientes hechos: el 4 de mayo de 1827, por renuncia del Presidente **general Ramón Freire**, asume el mando supremo el Vicepresidente **general Francisco Antonio Pinto**.

El general Pinto convocó al pueblo para elegir un Congreso Constituyente que fue designado en elecciones celebradas a principio de 1828. El Congreso acordó delegar en una comisión de cinco de sus miembros la preparación del proyecto de Constitución. Por su parte, la Comisión subdelegó su encargo en la persona del oficial mayor del Ministerio de Estado, don **José Joaquín de Mora**, español (a quien posteriormente se le confirió la “gran nacionalidad por gracia”). **Mora** redactó el proyecto en un mes; lo aprobaron la Comisión y el Congreso Constituyente, después de ardua discusión. Fue promulgada la Constitución por el Vicepresidente Pinto, el 8 de agosto de 1828.

Mora tomó como referencia para su proyecto la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y la española de 1812. Fácil es comprender, entonces, que en el texto promulgado el año 1828 aparezcan, como en la anterior, consagrados todos los principios del constitucionalismo clásico: el art. 1° hace residir la soberanía en la Nación y el ejercicio de ésta en los Poderes Supremos con arreglo a las leyes. En cuanto a la forma de Gobierno, el art. 21 prescribe: “*La Nación Chile adopta para su Gobierno la forma de República representativa popular*”. El Cap. V trata “De la división de los poderes”, estableciendo un Congreso Nacional con dos Cámaras: de Diputados y Senado. En cuanto al Ejecutivo, presenta dos particularidades: **por primera vez en una Constitución chilena se utiliza la denominación “Presidente de la República”** (art. 60) y se establece la institución del Vicepresidente (art. 61).

Los derechos fundamentales son consagrados en el Cap. III, arts. 10 a 20: libertades, seguridad jurídica, igualdades, derecho de propiedad. En gran medida, la redacción de estas disposiciones se conserva hasta nuestros días.

---

buen Gobierno desembocaría en la felicidad... Los norteamericanos, liberales puros en su importante y única Constitución de Philadelphia de 1787, la encabezan con al frase: “we the americans in the research of the freedom and the happiness” (“Nosotros los norteamericanos en la búsqueda de la libertad y de la felicidad”), que para ellos constituye su mayor logro o la “idea de derecho” (como diría Georges Burdeau) de su Carta Política. Entonces aparece esta “happiness” como el ideario del “país de las oportunidades”. Para U.S.A., el pueblo selecto logrará esta felicidad en la tierra, lo que no comparto, primero porque se trata de un problema de fe y por otra parte, porque el monopolio de esa felicidad dejó de ser hace ya mucho un segundo monopolio de los “hombres ricos, rubios y protestantes” de J. Polk, Monroe, T. Roosevelt y Emerson, entre otros. Desde esa fecha, los presagios liberales son un hecho que no se ha cumplido íntegramente, especialmente ahora en este siglo XXI que recién comienza.

En materia de **responsabilidades**, se autoriza por primera vez la acusación contra el Presidente, Vicepresidente, Ministros, los miembros de ambas Cámaras y de la Corte Suprema por delitos de traición, malversación, infracción de la Constitución y violación de los derechos individuales (arts. 47 y 48) .

## **La Constitución de 1833**

De conformidad a lo dispuesto en el art. 133, de la Constitución de 1828, sólo en el año 1836 debería reunirse una gran Convención a fin de estudiar una posible reforma del Texto Fundamental. Sin embargo, **el triunfo de los “pelucones” en la batalla de Lircay del 17 de abril de 1830** habría de anticipar este plazo. En efecto, en virtud de una ley, en el año 1831 se procedió a elegir a la Gran Convención Constituyente, integrada por 36 personas, la gran mayoría de ellas miembros del Congreso Nacional, dominado por el Presidente Prieto.

**Don Mariano Egaña** –hijo del mentor de la Constitución de 1823– y **don Manuel José Gandarillas** fueron las figuras de mayor gravitación en el seno de la Constituyente, cuyo proyecto fue aprobado por el Congreso y promulgado como la Constitución de 1833.

Pero el **gran inspirador de la Constitución es la figura del entonces Ministro del Interior, Relaciones Exteriores y Culto, don Diego Portales**, asesinado el año 1939, el que a través del Estatuto Constitucional autoritario de 1833, da vida a la llamada “República en forma”; pone fin al caudillaje y a la anarquía política y establece un Ejecutivo vigorizado que perdurará hasta el quiebre constitucional de 1891, en que, como veremos, se inicia el declive del sistema constitucional presidencialista que Portales ideó.

En el orden de los principios, esta Constitución se mantiene en la tradición que germinará con la dictación de los primeros ensayos constitucionales. En el campo institucional, se observa un notorio cambio: a la flexibilidad propia de las ideas liberales que impregnaban los estatutos precedentes **habría de suceder un marcado autoritarismo conservador**.

La figura del Presidente de la República queda extraordinariamente vigorizada, al extremo de que se lo califica en el texto como Jefe Supremo de la Nación. Las atribuciones que se le confieren son amplísimas y en los estados de excepción son absolutas. Si bien su mando es relativamente corto –cinco años–, en la práctica tenía asegurada su inmediata reelección por igual período. Ello explica la “**era de los decenios**”, que se inicia con la elección de don Joaquín Prieto en 1831. El engorroso procedimiento prescrito para la enmienda de la

Constitución (se precisaban dos Congresos sucesivos y altos quórum) explica igualmente que **su texto haya regido sin modificaciones hasta el año 1871**, oportunidad en que se aprueba la reforma que impide la reelección inmediata del Presidente de la República.

En 1874 –asimismo– se aprueban **diversas reformas que van a alterar el espíritu de la Carta original**, al traspasar al Congreso numerosas atribuciones que se encontraban radicadas en el Presidente de la República. Paralelamente, las prácticas políticas implementan el sistema que los historiadores han denominado “**parlamentarismo criollo**” o “**pseudoparlamentarismo**”. Los conflictos entre el Presidente y el Congreso obstaculizan todo el plan de Gobierno, y van a alcanzar un momento álgido y dramático el año 1891, durante la presidencia de **José Manuel Balmaceda**.

El triunfo de los parlamentarios en la guerra civil de 1891 impulsó el régimen que postulaban hasta septiembre de 1924, fecha en que se produciría un nuevo quiebre institucional en nuestro país.

El triunfo del Congreso Nacional sobre el Presidente de la República desencadena una etapa política, como se dijo, de “pseudoparlamentarismo”. Por la vía de la interpretación constitucional absolutamente ajena a su texto, historia fidedigna y armonía de sus disposiciones, **el Congreso se arroga facultades para hacer efectiva la responsabilidad política de los Ministros de Estado, dando lugar a permanentes crisis de gabinetes, una rotativa ministerial gigantesca,<sup>6</sup> y a una inestabilidad política elocuente.** El país detiene su marcha ascendente que venía de los decenios de la década de los 30.

Esta crisis se ve magnificada, además, por el estallido de la cuestión social en la minería del norte, la crisis de los mercados del salitre en sus exportaciones y el quiebre de la disciplina partidista, por las continuas divisiones de las agrupaciones en el Congreso Nacional.<sup>7</sup>

La República “en forma”, de Diego Portales, había desaparecido.

<sup>6</sup> Según las prácticas habituales de este periodo, el Presidente debía elegir a sus Ministros entre los miembros del o los Partidos que tuvieran mayoría en el Congreso. Así, por lo general, los Ministros se mantenían en uso de sus cargos por un par de meses y a veces solo días, pues los parlamentarios hacían uso de su voto de censura y modificaban el gabinete. La rotativa ministerial se expresó de la siguiente manera: don Jorge Montt tuvo 8 Gabinetes y 40 Ministros; el Presidente Federico Errázuriz E., 17 Gabinetes y 59 Ministros; el Presidente Germán Riesco, 16 Gabinetes y 73 Ministros; el Presidente Pedro Montt, 8 Gabinetes y 43 Ministros; Ramón Barros Luco, 15 Gabinetes y 55 Ministros; Juan L. Sanfuentes, 17 Gabinetes y 78 Ministros; y el Presidente Arturo Alessandri, en su primer período, 18 Gabinetes y 76 Ministros.

<sup>7</sup> Es muy importante destacar en esta materia, lo que muchas veces nuestra historia parece ignorar u olvidar (lamentablemente nuestra historia política especialmente, constitucional se caracteriza por

## La Constitución de 1925

La génesis de la Constitución de 1925 se encuentra **directamente vinculada con el movimiento militar que se inició el 5 de septiembre de 1924**. En efecto, en esa oportunidad, mientras el Senado celebraba una sesión para aprobar la dieta parlamentaria, se hizo presente en las tribunas un grupo de 50 oficiales del Ejército vistiendo uniforme. Se trataba de expresar el malestar de los círculos castrenses por el hecho de que el Congreso se preocupara del proyecto de la dieta parlamentaria, sin considerar la penuria fiscal que había obligado a denegar los aumentos de sueldos del Ejército y la Marina.

A partir de este momento los acontecimientos se precipitan: el Presidente Alessandri designó un Ministerio presidido por un general de Ejército y días después abandona el país con permiso del Congreso. **El 11 de septiembre se constituye una Junta Militar** (dos generales y un almirante) que disuelve el Congreso Nacional.

El 23 de enero de 1925 **una nueva Junta desplaza a la anterior**: Emilio Bello Codecido, civil; Pedro Dartnell, general de Ejército, y Carlos Ward, almirante de la Armada. Esta Junta solicita a Alessandri que retorne al país.

Tan pronto el Presidente reasume el mando, se esfuerza en llevar adelante una reforma sustancial a la Constitución. Con tal propósito, por D.S. N° 1.422, de 7 de abril de 1925, designó una **Comisión Consultiva** en la cual se encontraban representadas todas las tendencias de la época para dar cumplimiento a sus anhelos de restablecer el Régimen Presidencial, distorsionado totalmente por la crisis de 1891 y su secuela del régimen llamado "pseudoparlamentarismo", como ya explicamos.

**La Comisión Consultiva se dividió en dos subcomisiones**: Una, encargada de preparar el proyecto de reforma, y la otra, destinada al estudio del mecanismo por el cual se convocaría a la Asamblea Constituyente. La segunda subcomisión celebró sólo tres sesiones, sin llegar a conclusiones.

Posteriormente, el Presidente Alessandri abandonó la idea de la Constituyente. Por una parte, estimaba que su convocatoria llevaría un largo tiempo de

---

una elocuente amnesia) y me refiero a los planteamientos de la bancada de diputados nacionalistas del año 1910, que denunciaron constantemente la decadencia en que situaba la República el llamado "parlamentarismo criollo"; el estallido de la "cuestión social" que fatalmente se produciría; la pérdida del empuje histórico de la República; la "partitocracia", denunciada con posterioridad por grandes cientistas políticos, entre otros signos que debilitaban significativamente a la Nación. Fueron las palabras de Encina, Subercaseaux, Edwards, Pinochet Lebrun y otros parlamentarios patriotas, que lamentablemente no fueron oídos en una República ya enferma por la "ley de hierro" de las oligarquías.

debate y que en su seno se producirían enconados y estériles debates, lo que en definitiva frustraría su propósito de que el proyecto se despachara antes del fin de su período.

En cambio, el proyecto, elaborado por la segunda subcomisión de reforma, en cuya preparación tuvieron destacada participación el propio Presidente Alessandri y su Ministro de Justicia, don José de la Maza Fernández, siendo su secretario redactor el profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile don Fernando Alessandri Rodríguez, hijo del Presidente, fue en definitiva **el futuro proyecto constitucional**. Este proyecto fue aprobado por la Comisión Consultiva y después de algunas revisiones, presentado como el texto patrocinado por el Gobierno.

Como la Asamblea Constituyente no llegara a acuerdo alguno para el sistema aprobatorio del proyecto constitucional, el Presidente de la República pidió la intervención del Ejército, a través del General Mariano Navarrete, Inspector General del Ejército (cargo equivalente al actual Comandante en Jefe del Ejército), con lo que se logró se plebiscitara la nueva Constitución, presionada la Asamblea Constituyente por la presencia militar.<sup>8</sup>

En efecto, se convocó el plebiscito por D.L. N° 461, de 3 de agosto de 1825, el cual, luego de un preámbulo, expresa: *"Los ciudadanos son llamados a pronunciarse: 1° Si aceptan el proyecto cuya aprobación pide el Presidente de la República; 2° Si aceptan el proyecto cuyo Régimen de Gobierno Parlamentario establecido en otras fórmulas sugeridas por representantes de partidos Políticos, y 3° Si rechazan ambos proyectos, fórmula que, si triunfare, importará buscar otros procedimientos para establecer la normalidad institucional del país"*.

El D.L. N° 462, de la misma fecha, **estableció la fórmula y modo del procedimiento del plebiscito**. Los sufragios se emitirían por medio de cédulas de color.

El 30 de agosto se verificó el plebiscito. De los 302.302 ciudadanos inscritos, **sólo votaron 135.783. vale decir, el 44,9%**. Se abstuvieron los dos más importantes Partidos Políticos: el Partido Conservador y el Partido Radical. Por el proyecto presidencial sufragaron 127.509 y por el Régimen Parlamentario 6.825 votantes. Por el rechazo de ambos proyectos se registraron 1.449 votos. Se explica –entonces– **el alto porcentaje de abstención que alcanzó, como vemos, a más del 55% del cuerpo electoral habilitado para sufragar**.

<sup>8</sup> Se dice que el discurso que pronunció el general Navarrete habría sido confeccionado por el propio Presidente Alessandri.

El 18 de septiembre de 1925 fue promulgada la nueva Constitución. Como lo hace presente la generalidad de los autores, el parentesco intelectual con la Constitución original de 1833 resulta manifiesto. Ello implica, naturalmente, que en la nueva Carta se contemplan los principios del constitucionalismo clásico, lo que, como ya se ha manifestado, constituye una de las constantes de nuestra evolución constitucional.

Las principales innovaciones que ofrece la Constitución de 1925 son las siguientes:

**1. Se elimina todo vestigio de Régimen Parlamentario.** Se suprimen las leyes periódicas,<sup>9</sup> reglamentándose la Ley de Presupuesto; se establece la incompatibilidad de las funciones de Ministro de Estado y parlamentario; se explica que la fiscalización parlamentaria no afecta la estabilidad ministerial; se prescribe la clausura de los debates por simple mayoría en los Reglamentos de ambas Cámaras;

**2. Separación de la Iglesia y del Estado** (art. 10, N° 2 y art. 1° Transitorio). Como consecuencia de ella, se establece la libertad de cultos y se suprime el derecho de patronato;

**3. Supresión y creación de organismos:** Se suprimieron el Consejo de Estado y la Comisión Conservadora (que venían de la Carta de 1833). Se crea el Tribunal Calificador de Elecciones, las Asambleas Provinciales y los Tribunales Administrativos. Estos dos últimos organismos quedaron como normas programáticas incumplidas, por cuanto nunca se dictaron las leyes complementarias respectivas;

**4. Se modifica el proceso de generación de los Poderes Públicos y la duración de su mandato:** en cuanto al Presidente de la República, se sustituye la elección indirecta por la directa por sufragio universal y la duración de su mandato se extiende a seis años; los senadores son elegidos sobre la base de agrupaciones provinciales y no sobre la base de población y duran ocho años en sus cargos, en lugar de seis. Los diputados duran cuatro años, en lugar de tres. La designación de los miembros del Poder Judicial se efectúa a través de un sistema mixto;

<sup>9</sup> Las llamadas "leyes periódicas" se generaron en la reforma constitucional de 1874, y consistían en que necesariamente el Presidente de la República requeriría anualmente de la aprobación del Congreso Nacional de aquellas leyes que fijaban la dotación de las Fuerzas Armadas de tierra y mar; del presupuesto nacional y del cobro de las contribuciones y señalamiento de la sede del Poder Ejecutivo, Congreso Nacional, Corte Suprema, etc. Dichas leyes fueron el germen de los planteamientos que hicieron surgir el "pseudoparlamentarismo" de 1891 a 1924 y que precipitó la crisis, por la importante intervención del Congreso Nacional, como ya explicamos.

5. Se incorpora una connotación social en el Capítulo de las Garantías Constitucionales. En tal sentido, se reconoce la función social de la propiedad privada y se faculta al legislador para imponerles limitaciones en beneficio general. Se reconoce la obligación del Estado de velar por la salubridad pública y por el bienestar higiénico del país. Se ordena propender a la constitución de la propiedad familiar;

6. **Se crea el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad** (art. 86), que permite reforzar el principio de la supremacía constitucional, y

7. **Manteniéndose como Constitución rígida, se advierte una mayor flexibilidad** en el proceso prescrito para su enmienda, ya que se exige la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio para toda modificación constitucional y, además, su ratificación por el Congreso Pleno (reunión conjunta de diputados y senadores, bajo la presidencia del presidente del Senado).

La Constitución de 1925 entró a regir 30 días después de su publicación en el Diario Oficial. Durante su vigencia **fue reformada en diversas oportunidades**:

- Reforma que crea la Contraloría General de la República y amplía la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias financieras (Ley N° 7.727, del 23 de noviembre de 1943, bajo la administración de Juan Antonio Ríos);
- Reforma que establece la doble nacionalidad con España, sujeta a reciprocidad (Ley N° 12.548, de 30 de septiembre de 1957, bajo la administración de Carlos Ibáñez del Campo);
- Reforma sobre el mandato de regidores y alcaldes, que se aumenta a cuatro años (Ley N° 13.296, de 2 de marzo de 1959, bajo la administración de Eduardo Frei Montalva);
- Reforma que permite la expropiación de predios agrícolas, con pago diferido (Ley N° 15.296, de 8 de octubre de 1963, bajo la administración de Jorge Alessandri Rodríguez);
- Reforma que amplía la expropiación de predios agrícolas (Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967, bajo la administración de Eduardo Frei Montalva);
- Reforma que amplía aun más la expropiación de predios agrícolas, con tomas de posesión, sin pago al contado y sin reajuste de cuotas (Ley N° 16.672, de 2 de octubre de 1967, bajo la administración de Eduardo Frei Montalva, tras indicación del senador Patricio Aylwin Azócar);

- Reforma que amplía el espectro electoral para mayores de 18 años y analfabetos; crea el Tribunal Constitucional; establece constitucionalmente la delegación de facultades legislativas, etc. (Ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970, bajo la administración de Eduardo Frei Montalva);
- Reforma relativa a la expropiación de propiedades agrícolas (Ley N° 17.398, de 9 de enero de 1971, bajo la administración de Salvador Allende Gossens);
- Reforma que permite el acceso del candidato Salvador Allende G. al poder, sujeto a diversas limitaciones constitucionales al establecer el llamado "Estatuto de Garantías" (Ley N° 17.420, de 31 de marzo de 1971, administración de Eduardo Frei Montalva) y,
- Reforma que nacionaliza la Gran Minería del Cobre (Ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, administración de Salvador Allende G.).

### **El Pronunciamiento Militar del 11 de septiembre de 1973 y la nueva institucionalidad**

Existen numerosos textos oficiales y estudios que discurren en torno a los fundamentos y causas que originaron el Pronunciamiento Militar del 11 de septiembre de 1973. Sin desestimar la importancia de esas fuentes, **los motivos fundamentales se encuentran contenidos en el Bando N° 5, dictado por la Junta de Gobierno el mismo día 11 de septiembre**, que expresa en su parte capital:

*"Que el Gobierno de Allende ha incurrido en grave ilegitimidad, demostrada al quebrantar los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de enseñanza, derecho de reunión, derecho de huelga, derecho de petición, derecho de propiedad y derecho, en general, a una digna y segura subsistencia".*

Agrega que dicho Gobierno *"se ha colocado al margen de la Constitución en múltiples oportunidades, usando arbitrios dudosos e interpretaciones torcidas e intencionadas, o en forma flagrante en otras, las que por distintos motivos han quedado sin sanción"*.

Establece, a continuación, *"Que, también reiteradamente ha quebrado el mutuo respeto que se deben entre sí los poderes del Estado, dejando sin efecto las decisiones del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República con excusas inadmisibles o sencillamente sin explicaciones"*.

Termina agregando que *"Todos los antecedentes consignados en los números anteriores son suficientes para concluir que están en peligro la seguridad interna y*

*externa del país, que se arriesga la subsistencia de nuestro Estado independiente y que la mantención del gobierno es inconveniente para los altos intereses de la República y de su pueblo soberano”, y que, por lo tanto, “Estos mismos antecedentes son, a la luz de la doctrina clásica que caracteriza nuestro pensamiento histórico, suficientes para justificar nuestra intervención ante el actual vacío que el poder pueda producir, pues para lograr esto no hay otros medios razonablemente exitosos, siendo nuestro propósito restablecer la normalidad económica y social del país, la paz, tranquilidad y seguridad perdidas. Por todas las razones someramente expuestas, las Fuerzas Armadas han asumido el deber moral que la Patria les impone de destituir al gobierno que, inicialmente legítimo, ha caído en la ilegitimidad flagrante, asumiendo el Poder por el solo lapso en que las circunstancias lo exijan, apoyando en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional, lo cual de por sí ante Dios y ante la Historia, hace justo su actuar, y por ende, las resoluciones, normas e instrucciones que se dicten para la consecución de la tarea de bien común y de alto interés patriótico que se dispone cumplir”.*

El Bando N° 5, lleva la firma de los tres Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, que se constituyen junto al Director General de Carabineros en **Junta de Gobierno**.

## **Ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo en el período de 1973 a 1981**

De acuerdo con lo preceptuado en el Título II del Estatuto Orgánico dictado por la Junta de Gobierno como órgano colegiado, ejerció los Poderes Constituyente y Legislativo mediante **Decretos Leyes** que llevaban la firma de todos sus miembros.

En el desempeño de la actividad constituyente y legislativa, la Junta de Gobierno contó con el **asesoramiento de las Comisiones Legislativas** creadas por el Decreto Ley N° 991, de 3 de enero de 1976, reglamentado por el Decreto de Justicia N° 220, de 21 de abril de 1976.

### **Ejercicio del Poder Ejecutivo**

De conformidad al art. 7° del Estatuto, el Poder Ejecutivo fue ejercido por el **Presidente de la Junta de Gobierno**, quien con el título de Presidente de Chile, administra el Estado y es Jefe Supremo de la Nación.

A partir de la dictación de la Primera Acta Constitucional, el 9 de enero de 1976, el Presidente de la República contó con el **Consejo de Estado** como supremo cuerpo consultivo en asuntos de gobierno y administración.

El Consejo de Estado sólo emitía sus dictámenes cuando era requerido por el Presidente de la República y su opinión no era obligatoria para el mandatario.

De acuerdo con el Reglamento, la consulta como sus debates y los informes que emitía el Consejo tenían carácter reservado, a menos que el Presidente de la República decidiera lo contrario (art. 4).

### **Ejercicio del Poder Judicial**

Los Decretos Leyes N° 1, N° 128 y N° 527 reiteraron en su articulado que el Poder Judicial está constituido y ejerce sus funciones en la forma y **con la independencia y facultades que señalan la Constitución Política del Estado y las leyes de la República.**

Ello implica que regían esta materia: el Capítulo VII de la Constitución de 1925 (arts. 80 a 86) y el Código Orgánico de Tribunales, vigente desde 1943.

### **La Comisión Asesora para el Estudio de la Nueva Constitución y las Actas Constitucionales.**

Por Decreto Supremo N° 16.064, de 12 de noviembre de 1973, el Presidente de la República designó una Comisión para que *“estudie, elabore, y proponga un anteproyecto de una Constitución Política del Estado y de sus leyes complementarias”*.

Esta Comisión, integrada –entre otros– por siete profesores universitarios de Derecho Público, paralelamente a su tarea principal, se abocó a la preparación de los proyectos de las llamadas **“Actas Constitucionales”**.

Las actas se han definido como *“cuerpos jurídicos orgánicos destinados a ir proyectando en el marco constitucional lo fundamental de la realidad política y económica del país, en la medida que se vaya conformando y que en determinadas materias constituirán capítulos de la nueva Carta”*.

Con el propósito indicado se dictaron cuatro **Actas Constitucionales** en ejercicio del Poder Constituyente:

- Acta constitucional N° 1 (D. L. N° 1.319, de 9 de enero de 1976): **“Crea el Consejo de Estado”**, cuerpo consultivo del Presidente de la República;
- Acta Constitucional N° 2 (D. L. N° 1.551, de 13 de septiembre de 1976): **“Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena”**, que derogó expre-

samente el Capítulo 1 (arts. 1 a 4) de la Constitución de 1925, y que se refería a Estado, Gobierno y Soberanía;

- Acta Constitucional N° 3 (D. L. N° 1.552, de 13 de septiembre de 1976): “De **los Derechos y Deberes Constitucionales**”, que derogó los arts. 10 a 20 de la Constitución de 1925, y
- Acta Constitucional N° 4 (D. L. N° 1.553, de 13 de septiembre de 1976): “Regímenes **de Emergencia**”. Solo dos artículos de esta Acta tuvieron vigencia, por cuanto no se dictó la ley complementaria necesaria para que entrara a regir el resto del articulado.

## **Génesis de la Constitución de 1980**

Como expresara el Presidente general Augusto Pinochet Ugarte, en su Mensaje el 11 de septiembre de 1975, con la dictación de sucesivas Actas Constitucionales Chile llegaría a tener un cuerpo Constitucional único y cierto, y la experiencia que esta institucionalidad provisoria pero completa y clara vaya arrojando con el tiempo, permitirá evaluar y diseñar sin apremios las que pudieran ser nuestras estructuras institucionales definitivas. El 31 de diciembre de 1979 debería estar terminada la fase de dictación de Actas Constitucionales.

Posteriormente, sin embargo, el Gobierno estimó que las condiciones de recuperación y estabilidad logradas por el país permitían **optar por la dictación de una Constitución definitiva**. Serviría de anteproyecto para tal objetivo el que la **Comisión de Estudio** se encontraba elaborando desde noviembre de 1973.

La Comisión, presidida por Enrique Ortúzar Escobar, en el cumplimiento de sus tareas, celebró 417 sesiones. Fueron invitados a participar a esas audiencias numerosos profesores universitarios, profesionales, técnicos y representantes de las diversas actividades del país.

El anteproyecto fue entregado al Presidente de la República con fecha 5 de octubre de 1978 y aparece suscrito por Enrique Ortúzar, Presidente; Sergio Diez, Jaime Guzmán, Luz Bulnes, Alicia Romo, Raúl Bertelsen, Gustavo Lorca y Juan de Dios Carmona. Se deja constancia en algunas materias de diferencias en la elección de alternativas por los firmantes.

Con fecha 31 de octubre de 1978, el Presidente de la República solicitó al Consejo de Estado un informe acerca del anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio. En el lapso comprendido entre noviembre de 1978 y julio de 1980, el Consejo de Estado celebró 57 sesiones plenarias y entregó su informe definitivo el 8 de julio de 1980.

El Consejo, en términos generales, prestó su aprobación al anteproyecto, pero insinuó algunas modificaciones de importancia (en materia de ciudadanía y propiedad, por ejemplo). Por otra parte, propuso un período de transición de cinco años de duración. La influencia de la **opinión de don Jorge Alessandri R., ex Presidente de la República**, fue determinante en dicho informe, no prosperando, sin embargo, todos sus planteamientos.

**La Junta de Gobierno**, asesorada por un grupo de trabajo, se abocó al estudio del anteproyecto y del precitado informe. Finalmente aprobó un texto de 120 artículos permanentes y 29 disposiciones transitorias, el 8 de agosto de 1980.

Con la misma fecha se dictó el Decreto Ley N° 3.645, por el cual **se convocó a la ciudadanía para pronunciarse sobre el proyecto constitucional**. La convocatoria se hizo para el 11 de septiembre de 1980, pudiendo participar los chilenos mayores de 18 años y los extranjeros de tal edad con residencia legal en Chile. Se sufragaría por las alternativas "Sí" o "No", en mesas receptoras integradas por un presidente y dos vocales. El escrutinio por mesa sería consignado en un acta, y luego se realizarían los escrutinios comunales y provinciales. De conformidad con el art. 5 del referido decreto ley, los votos en blanco se computarían como emitidos a favor de la alternativa "Sí".

#### **El plebiscito convocado arrojó los siguientes resultados:**

- Por la alternativa "Sí": 4.121.067
- En blanco: 83.812
- Total alternativa "Sí": 4.204.879 (67,04%)
- Por la alternativa "No": 1.893.420 (30,19%)
- Nulos: 173.369 (2,77%)
- Total general votación: 6.271.668 (100%)

El texto constitucional fue promulgado por el Presidente de la República con fecha 21 de octubre de 1980, publicándose en el Diario Oficial del día 24 del mismo mes y año.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo permanente final, la Constitución de 1980 **entró en vigencia seis meses después de su aprobación plebiscitaria**, es decir, el 11 de marzo de 1981.

**La Constitución constaba de 120 artículos permanentes que se agrupaban en 14 capítulos**. Contenía, además, **29 disposiciones transitorias**, las cuales en su contexto configuran el denominado "período de transición". Expirado este período de 8 años, la Constitución tuvo su plena e integral vigencia, como actualmente ocurre.

No obstante su rigidez, la Constitución Política de 1980 **ha sido objeto de diversas modificaciones:**

– Por plebiscito de julio de 1989 y con el voto conforme del 87% de la ciudadanía, previo a un acuerdo entre el Gobierno Militar y la oposición triunfante en el plebiscito de octubre de 1988, se modificaron 54 artículos del texto constitucional, destacándose:

La derogación del art. 8°, y su sustitución por el art. 19 N° 15, que facultó al Tribunal Constitucional para conocer requerimientos en contra de quienes propugnen conductas terroristas o contrarias al ordenamiento constitucional; limitación del primer mandato presidencial a sólo cuatro años; modificó normas y composición del Consejo de Seguridad Nacional; amplió el número de senadores electos al doble en las regiones más pobladas; modificó normas sobre generación de las Fuerzas Armadas y de Orden, según las Leyes Orgánicas Constitucionales respectivas y, sustituyó diversas normas sobre reforma constitucional, haciendo más rígidas sus modificaciones, etc.

**Además, luego vinieron otras modificaciones:**

El aumento del mandato presidencial a seis años; normas que permitieron el indulto a condenados por conductas terroristas entre 1973 y 1990; generación política de Municipalidades y mayores facultades a los Municipios; modificaciones al sistema de generación de los ministros de la Corte Suprema, con participación del Senado; creación del Ministerio Público, en la investigación y acusación de delitos; modificaciones a la estructura del Tribunal Calificador de Elecciones y, **finalmente, las reformas constitucionales contenidas en la Lev N° 20.050, de agosto del 2005**, que introdujo múltiples modificaciones al texto original y que, por texto refundido de la Carta Política, estableció una nueva numeración de su articulado, a partir del art. 39 del texto primitivo (D.S. N° 100, del 22 de septiembre de 2005).

Resulta importante hacer notar que en la mayoría del concierto mundial y en Chile particularmente las génesis de las más importantes Constituciones no son necesariamente producto de clara legitimidad, debido a situaciones de hecho que concurren con la aparición de dichos estatutos constitucionales, los que –no obstante– han tenido la mayor perdurabilidad en la historia de la República. Veamos, entonces, la generación de las tres más importantes Constituciones nuestras:

a) **Constitución de 1833**. Como se dijo, generada en la presidencia de Joaquín Prieto Vial, bajo la inspiración del Ministro Diego Portales, rigió hasta 1925, casi 100 años. La Gran Convención Constituyente que la aprobó estaba formada

por 36 ciudadanos “de reconocida probidad e ilustración”. De este total de 36 componentes solamente seis no tenían la calidad de parlamentarios, nominados por Prieto. Finalmente, del total de parlamentarios constituyentes, la inmensa mayoría de los firmantes eran pelucones (conservadores); es decir, adictos al Gobierno del Presidente Prieto, quien dominaba el Congreso Nacional en virtud del sistema electoral de lista bloqueada o cerrada, que le entregaba una mayoría aplastante en el Poder Legislativo.

b) **Constitución de 1925.** Como señalamos, fue aprobada por plebiscito, después de que la llamada Constituyente se viera forzada a aprobar esta consulta ante la rotunda intervención del general Mariano Navarrete, plebiscito que como expresamos también, se caracterizó por la enorme abstención conservadora y radical, las mayores fuerzas políticas nacionales. Sin perjuicio de lo anterior, la votación misma ha sido muy criticada, toda vez que los votos se emitían con cédulas de color rojo (aprobación del proyecto), azules (contrarias al mismo) y blancas (abstenciones). Como han señalado los historiadores, dichas cédulas se transparentaban en los sobres que las contenían, lo que conspiraba categóricamente respecto del secreto del sufragio. A todo esto había que agregar que no existían apoderados de partidos políticos e independientes en las mesas receptoras de sufragio, ni tampoco ningún tipo de “cámara secreta” u otro recinto privado respecto del electorado que recibía los sobres y cédulas descritas con que se emitía la votación misma.

c) **Constitución de 1980.** De la misma forma que las anteriores, también la generación de la actual Constitución ha sido objeto de constantes críticas. En efecto, el plebiscito constitucional que la aprobó el 11 de septiembre de 1980 ha sido ilegitimado por los opositores al Gobierno Militar, pues se sufragó sin la existencia de registros electorales, que habían sido eliminados por dicho Gobierno, pues existían serias dudas acerca de los electores que habían sufragado especialmente en los comicios parlamentarios de marzo de 1973, oportunidad en que fueron detectados un sinnúmero de dobles, triples y cuádruples inscripciones electorales, según investigaciones que efectuaron profesores universitarios de la Universidad Católica, en una Comisión que presidió el Decano de la Facultad de Derecho, profesor Jaime del Valle A. No obstante, a juicio de los críticos del plebiscito constitucional, tampoco existían Tribunal Calificador de Elecciones, ni Colegios Escrutadores, que pudieran controlar el evento electoral, lo que ilegitimaba el recuento de votos favorables o contrarios al proceso electoral que aprobó la Carta Fundamental, según las alternativas plebiscitarias; agregaban los opositores al Gobierno militar que ello hacía posible que muchos ciudadanos pudieran votar más de una vez en el acto electoral debido a la ausencia de fiscalización del acto mismo y del recuento de los votos emitidos en esa ocasión. Finalmente, al estatuirse en las disposiciones transitorias de la Constitución que el Comandante en Jefe del Ejército, general

Augusto Pinochet Ugarte continuaría en su cargo de Presidente de la República por ocho años más desde la entrada en vigencia de la Carta fundamental (marzo de 1981), y con facultades amplias en materias políticas y respecto del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, la oposición había sostenido que el plebiscito en cuestión estaba destinado a prorrogar el régimen autoritario vigente ya en 1973 hasta avanzado el año 1989, ocasión en que, como es de público conocimiento, un segundo plebiscito aprobaría o denegaría la opción presidencial que propondría la Junta de Gobierno (5 de octubre de 1988).

En contraste con las críticas expuestas, los partidarios de la actual Constitución hemos sostenido que, con todo, el hecho que sufragaron más de 6.000.000 de chilenos, optando más de 4.200.000 por la alternativa "sí", le otorgaba a dicho cuerpo de leyes una mucho mayor legitimidad que la propia Constitución de 1925, que –como expusimos– tuvo una votación afirmativa de sólo el 44,9% de los votos válidamente emitidos (sólo 135.783 ciudadanos). Por otra parte, las críticas a la génesis constitucional ya descritas fueron desapareciendo en el recorrido de más de 16 años, pues el año 1989 en plebiscito libre e informado la inmensa mayoría de la población en julio de 1989 y con el apoyo expreso del movimiento opositor aprobó 54 reformas a la Carta Constitucional vigente. Además, la oposición triunfante en 1989 asumió el Gobierno del país en marzo de 1990 y la mayoría parlamentaria en el Congreso Nacional, todo ello sobre la base de la Constitución de 1980. Por último, desde esa fecha hasta la actual, la misma Constitución ha sido objeto de un sinnúmero de enmiendas constitucionales, consensuadas todas ellas con la oposición al Gobierno, que representan ambos casi el 95% del total electoral nacional. De esta manera, es evidente que la mentada deslegitimación inicial del estatuto constitucional ha sido tácitamente legitimada por la historia y la realidad política de la República, todo ello en cuatro Gobiernos seguidos contrarios al inicial proyecto constitucional plebiscitado el 11 de septiembre de 1980, como ya se indicó.



# Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros

**Iván Aróstica Maldonado**

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

*Me interesa saber cómo es el futuro,  
porque es el lugar donde voy a pasar el resto de mi vida.*

Woody Allen

Puestos a observar las cosas en prospectiva, o sea, a ver cómo desde el hoy las nuevas realidades empiezan a ser construidas, hemos aquí en el campo de la regulación económica con algunas variables claves que –gestionadas por ciertos actores motrices– ya comienzan a despuntar como hechos portadores de futuro. Al nivel de aquellos presagios que anuncian cambios significativos de rumbo, y que nos transportan hacia los nuevos escenarios donde tendremos que desenvolvernos mañana.

Al fin y al cabo, anticipar futuribles (esa palabra escolástica usada por Santo Tomás de Aquino para describir las situaciones posibles que traería el porvenir)<sup>1</sup> ya se ha vuelto una práctica cotidiana. Hasta en las fiestas “*baby shower*”, donde los próximos padres suelen presentarnos –ahora con imagenología médica– la criatura por nacer. Como para preparar la recepción e ir apertrechando el ajuar.

## I

Claro que a estas alturas uno ya es escéptico frente a quienes gustan fijar hitos históricos aún inmersos en los acontecimientos. Desde que Francis Fukuyama decretó “el fin de la historia” en 1989, una sana dosis de incredulidad nos ha

<sup>1</sup> Francisco José Mojica, “Concepto y aplicación de la prospectiva estratégica”, Revista Med (Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá-Colombia) vol. 14 N° 1 (2006) pp. 122-131.

permitido sobrellevar las consabidas proclamas de que hay “un antes y un después” o que se encuentra ad portas un “punto de inflexión” detrás de cada suceso inesperado. Por placer, sólo seguimos disfrutando con los “Momentos estelares de la humanidad” de Stefan Zweig.<sup>2</sup> Y creyendo que son las tendencias y corrientes a largo plazo las que pueden traer cambios duraderos.

Aunque tampoco se nos escapa que cualquier modelo de riesgos debe considerar el efecto de las emociones, la depresión y el pánico agudizados por la velocidad y simultaneidad de las comunicaciones. Lo que cobra significación frente a la evidencia de que en Chile muchas veces se legisla post terremoto, la última sequía, la noticia de momento o el escándalo amplificado.<sup>3</sup>

Por lo que la reciente crisis financiera global, sumada a ciertos bullados episodios locales (una fusión de empresas donde habría mediado uso de información privilegiada/2008 y la supuesta colusión entre tres cadenas de farmacias/2009), de repetirse y persistir, si no alcanzan a poner en entredicho la legitimidad del sistema de libertad económica, al menos el método inductivo permite inferir que pueden provocar unos muy sorpresivos e inesperados zigzags legislativos. Decisiones legales en el caos que, de improviso (sin mediar protocolos de diagnóstico) se inclinan por dar una mayor presencia y poder a los fiscalizadores administrativos.

Que las crisis se aprovechan como oportunidades (lo que ya marca tendencia) parece ser el mensaje de un reportaje sobre aquel caso de las farmacias. Cuando presenta en portada al Fiscal Nacional Económico como “El sheriff del pueblo”, y en sus titulares anota que “Independiente de cómo termine el caso FASA, el Fiscal Enrique Vergara ya consiguió lo que quería: la colusión se convirtió en enemigo público y él tendrá más atribuciones para su combate”.<sup>4</sup> Un proyecto modificatorio del DL 211, que llevaba años en el Congreso, fue rápidamente despachado en medio de la contingencia, otorgándole poderes a la Fiscalía para interceptar comunicaciones, hacer allanamientos y valerse de delaciones compensadas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Sagitario, “Momentos estelares”, *El Mercurio* (Santiago) 8.4.2009 A 3.

<sup>3</sup> Algunos ejemplos en Eugenio Evans Espiñeira, “Efectos de la regulación normativa en la industria eléctrica. Técnica legislativa”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Universidad Católica-LexisNexis) 12 (2004) pp. 61-67.

<sup>4</sup> En revista *Capital* N° 249 (3-16 abril 2009) pp. 28-32.

<sup>5</sup> Fechas: el Mensaje con el proyecto de ley ingresó al Congreso Nacional el 20.6.2006 (Boletín N° 4.234-03). El 24.3.2009 se reveló que poco antes (13.3.2009) Farmacias Ahumada se había autoinculpado ante la FNE de haber participado en un cartel, a través de un acuerdo extrajudicial (prensa del 25.3.2009: *El Mercurio* cuerpo B pág. 2 y *La Tercera* pp. 26-27). El 2.4.2009 se informa que el Senado aprueba el proyecto (*El Mercurio* B 2). Defendiendo el serio estudio que tuvo esta ley, Jean-Jacques Duhart (Subsecretario de Economía), “Gran paso para la libre competencia”, *La Tercera* 27.4.2009, pág. 4.

## II

A todos los estudiantes de Derecho se nos contaba de aquella vez cuando en los pasillos de la Corte a cierto conocido abogado de la plaza los periodistas le preguntaron sobre un juicio que patrocinaba. Dicen que con cara de fastidio y ademán tajante cortó: “¡Ah, no, perdónenme! No hablo por los diarios; yo litigo en papel sellado”.

Pero por entre los juicios televisados, los asesores de prensa gubernamentales y las estrategias comunicacionales prestas a llenar cualquier vacío de poder, puede entreverse otro cambio. Detrás de la colina cabe avizorar que vienen unos reguladores muy mediáticos, para quienes lo comunicacional pasa a ser un amplio espacio dominable. Donde el eje importante, más que en dar con una mediana entre la transparencia y la farandulización, pasa por dar por agotado –sobrepasado– nuestro modelo de nombramiento de estas autoridades, que tradicionalmente ha apostado más al tino y a su profesionalismo personal que a las garantías objetivas que deben ofrecer las instituciones (de ahí la gravitación del lobby y los contactos).

No es claudicar ante el pesimismo visualizar que tal amplia exposición protagónica de nuestros fiscalizadores puede acarrear profundas e irreversibles repercusiones jurídicas, económicas y sociales. Inmediatas caídas en el valor de las acciones de las empresas investigadas; pérdidas irreparables de reputaciones personales o prestigios corporativos; efectivos boicot de consumidores empoderados.<sup>6</sup> Cuando no espontáneas o coordinadas funas populares.

## III

Derivado de lo mismo, acaso pronto veremos unos fiscalizadores cada vez más proactivos e impulsivos. A veces dados a echar mano de instrumentos que la ley no les concede expresamente.

Un *leading case* ya se inauguró durante la llamada “guerra del plasma”, donde la Fiscalía Nacional Económica requirió –con la venia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– los registros de las llamadas telefónicas y conversaciones electrónicas sostenidas entre ejecutivos de las compañías indagadas.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Hoy agrupados en entidades como la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (Odecu), creada en 2004 con apoyo técnico y financiero de la Agencia de Cooperación Alemana IP-GTZ y del Sernac, que mantiene el sitio web [Misedudas.cl](http://Misedudas.cl). Sobre éste y otros sitios similares ([reclamos.cl](http://reclamos.cl), [indignados.cl](http://indignados.cl), [victimasdelasfarmacias.cl](http://victimasdelasfarmacias.cl), [chileciudadano.cl](http://chileciudadano.cl) o [pare.cl/farmacias](http://pare.cl/farmacias)) “Ellos se coluden, nosotros nos coludimos”, *La Nación*, domingo 3.5.2009, pp. 14-15.

<sup>7</sup> “El modus operandi del Fiscal Económico”, revista *Qué Pasa* N° 1967 (19.12.2008) 10-14. El DL 211

Entiendo que esto únicamente puede darse dentro de un país que todavía no asume un compromiso efectivo con el respeto que merecen los derechos fundamentales: cuando no se repara que si la Constitución (artículo 19 N° 5) asegura la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ello no solo comprende de qué hablaron entre sí dos personas, sino también con quién y cuántas veces lo hicieron.

Indagar sobre tráficos telefónicos amerita una ley específica que lo autorice, por ser uno de aquellos “procedimientos especiales de obtención de información” a que alude la Ley 19.974, bajo la forma de una “intervención de las comunicaciones telefónicas” (artículo 24 inciso 2° letra a). Y que dentro de la Administración, sólo pueden emplear las oficinas de inteligencia del Estado allí taxativamente enumeradas.<sup>8</sup>

#### IV

Premunidos con diagnósticos difusos y evidencias débiles, se oye a menudo a superintendentes y fiscales quejarse de no poder atrapar a los verdaderos culpables, porque a su juicio la ley no les otorga las herramientas necesarias.

A pesar de que estas agencias ya cuentan con amplísimas posibilidades para inquirir antecedentes de los fiscalizados. Ora demandándoselos directamente (a veces sobre aspectos difícilmente relacionados con sus funciones legales).<sup>9</sup> Ora explotando todas las fuentes abiertas habidas y por haber, merced a la tecnología de punta disponible, que les permite extraer y estructurar información a partir de grandes volúmenes de registros dispersos, gracias a poderosos sistemas de software implementados para la minería de datos (*Data Mining*).<sup>10</sup>

Y si están facultados individualmente para recolectar, almacenar y cruzar enormes cantidades de antecedentes sobre los ciudadanos que caen bajo sus sospechas, según se lo ratifica la Ley 19.628 (artículo 20), malamente llamada de “Protección de datos de carácter personal”,<sup>11</sup> entonces el próximo paso

de 1973 (artículo 39), cuyo texto definitivo fue fijado por DFL 1 (Economía) de 2005, le acuerda a la FNE atribuciones amplias para investigar, lo que sólo le permite acudir a aquellos modos generales u ordinarios de prueba, y no a estos procedimientos que requieren ley especial.

<sup>8</sup> Rodrigo Vera Lama, *Sistema de Inteligencia del Estado a la luz del Derecho* (2008) pp. 224-225.

<sup>9</sup> Por caso, la sentencia de la Corte Suprema de 3.5.2006 (rol 1876-2006), en *Jurisprudencia al Día* (La Semana Jurídica) N° 11 (12-18 abril 2006) pp. 125-126.

<sup>10</sup> Para una mirada al interior y de cómo operan, en el caso de la Superintendencia de Valores y Seguros, v. crónicas “El exhaustivo y duro estilo de investigación de la unidad estrella de la SVS”, en *La Tercera* domingo 27.7.2008, pp. 42-43, y “La SVS por dentro”, en *Qué Pasa* N° 1951 (29.8.2008) 28-33. Para la Unidad de Análisis Financiero, *La Tercera* 12.5.2009 p. 32.

<sup>11</sup> Menos todavía cuando esas codiciadas bases articuladas por el Estado pueden ser vendidas o sustraídas (como ha ocurrido): “Filtración de datos”, editorial *El Mercurio* 22.5.2008 A 3.

será la integración o consolidación de todos los archivos dentro de un solo gran banco informático. En un seminario internacional de reguladores, el Superintendente de Valores ya anunció que se empezaban a coordinar con las superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras y de Pensiones para compartir la información recabada y tener una visión global del actuar de los grupos financieros, mediante una "supervisión consolidada".<sup>12</sup>

Por esa tecnología invasora de la intimidad y estas leyes escasamente protectoras de la vida privada (artículo 19 N° 4 de la Constitución), algunos observan con paranoia el inminente advenimiento del "Gran Hermano" orwelliano.<sup>13</sup> O "La Bastilla Electrónica", como han llamado en Francia a la fusión de datos personales en la gigantesca megabase *Edvige* (Explotación Documental y Valorización de Información General), que el gobierno de aquel país puso en funcionamiento a mediados de 2008, la cual incluye miles de personas calificadas "de interés general" y "proclives a alterar el orden público" (tales como líderes políticos y dirigentes sindicales, autoridades religiosas, empresarios influyentes e íconos sociales).<sup>14</sup>

## V

Nótese, además, una Administración que apetece escudriñar hasta en las fuentes cerradas de datos. Un precedente ya lo sentó la Ley 20.119, al facultar a la Unidad de Análisis Financiero para levantar el secreto bancario en caso de indagar algún posible blanqueo de activos. No obstante ser éste un medio reservado para las investigaciones criminales, ahora está extendiendo idéntica facultad al Servicio de Impuestos Internos, para la fiscalización tributaria en general.<sup>15</sup>

Con la misma justificación de que eso concedería al país el privilegio de tener membresía en la selecta OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), que es para cumplir con "los estándares internacionales" o que "deben aceptarse como parte de la globalización",<sup>16</sup> igualmente se propicia que nuestras autoridades fiscalizadoras puedan emplear ciertas herramientas intrusivas que son propias del espionaje:<sup>17</sup> ya se mencionó el caso de la Fiscalía

<sup>12</sup> *El Mercurio* 23.10.2008 B 8. Otro anticipo es el proyecto propiciado por el Ministerio de Hacienda, que pretende reunir en un solo registro central los datos comerciales de todos los chilenos: *La Tercera* 3.8.2008 pp. 50-51 y 12.4.2009 pp. 34-35.

<sup>13</sup> Ignacio Ramonet, "Control social total", *Le Monde Diplomatique* (mayo 2009) 3.

<sup>14</sup> *El Mercurio* 22.5.2008 A 3 y *La Tercera* de igual fecha p. 10.

<sup>15</sup> *La Tercera* 18.1.2009 pp. 44-45 y 23.1.2009 p. 3 editorial "Secreto bancario y resguardo de los derechos de los contribuyentes". *El Mercurio* 14.5.2009 A 3 editorial "Secreto bancario amagado".

<sup>16</sup> *El Mercurio* 6.2.2009 B 7 (declaraciones de una personera de gobierno). "Chile y la OCDE", editorial del mismo periódico, domingo 3.5.2009 A 3.

<sup>17</sup> Entre los pocos que se suman a denunciar esta situación, Sebastián Soto, "¿Burocracia policial?", en *La Tercera* 20.5.2009 p. 4.

Nacional Económica, que hoy cuenta con facultades para interceptar y grabar comunicaciones electrónicas y telefónicas a través de técnicas SIGINT (*Signals Intelligence*), una de cuyas facetas es el espionaje de las comunicaciones o COMINT (*Communications Intelligence*).

O sea, mientras todo el Estado tiende a la transparencia, estos organismos marchan al revés, precisamente en el sentido opuesto, de la acción encubierta. ¿Cuáles parámetros definen los actos que consideran sospechosos? ¿Quiénes serán sus vigilados? ¿Qué guardan en cada dossier? Secreto.

Así que siguen pendientes de respuesta ante la ciudadanía las preguntas de si en realidad el país requiriere tales aparatos de inteligencia, si nuestra clase política tiene la madurez suficiente para manejar instituciones de esta naturaleza, y si el derecho a la privacidad está plenamente garantizado ante ellas, atendidas varias malas experiencias pasadas.<sup>18</sup> Y sin que se haya refutado la otra alternativa propuesta: si la solución, en vez de dar mayores atribuciones como estas, no pasa mejor por el uso óptimo de las existentes, reforzando la capacidad de las agencias para realizar investigaciones, el manejo diestro de las pruebas indirectas, etc.<sup>19</sup>

Tal vez esa incapacidad para hallar pruebas de que se quejan las oficinas fiscalizadoras obedezca a la falta de métodos objetivos para reunir, contrastar y tratar la información abierta disponible. Problema que el uso de estas técnicas clandestinas, lejos de remediar, puede tender a acrecentar.

## VI

Y todo este cuadro se insertaría dentro de un sistema fiscalizador chileno que ya presenta fallas estructurales. Insistiremos en la anomalía de que nuestras superintendencias tengan al mismo tiempo facultades para investigar y para sancionar, lo que es intrínsecamente inconstitucional. Porque para nadie existe el derecho a un procedimiento justo y racional, según dice asegurar la Carta (artículo 19 N° 3 inciso 5°), si quien investiga y luego dice sanciona es el mismo funcionario administrativo.

De modo que si fiscalizar y castigar son dos roles distintos e incompatibles, no concentrables en un mismo y único agente público, entonces aquel órgano administrativo fiscalizador tendría que limitarse sólo a eso, a indagar; para

<sup>18</sup> Mismas aprensiones que las de Roberto Ampuero, a propósito de nuestra ley sobre inteligencia del Estado, en "La otra guardia de La Moneda", *La Tercera* (Reportajes) 18.11.2001 pp. 16-17.

<sup>19</sup> Luis Bates, "Libre competencia y colusión", *El Mercurio*, domingo 5.4.2009 A 2.

enseguida denunciar ante un tercero independiente e imparcial, o sea, al juez, las irregularidades que detecte.<sup>20</sup>

A veces las investigaciones que comienzan estas superintendencias no terminan necesariamente con sanciones, lo que estaría revelando una apreciación objetiva de las pruebas. Pero hay otros muchos casos en que apenas iniciadas, en los prolegómenos de una indagación, ya se comunica la intención de cursar a la brevedad las más drásticas y ejemplarizadoras sanciones.

¿Qué garantías de neutralidad ofrece este instructor, que se abanderiza públicamente con una hipótesis de culpabilidad, sin ninguna conciencia jurídica ni metodológica de que no puede anticipar juicio, ya que antes también tiene que investigar, con igual celo y acuciosidad, la hipótesis competitiva de inocencia, a modo de contraste?<sup>21</sup>

En fin.

Hablar del futuro es adentrarse en el movedizo terreno de las conjeturas; de las meras expectativas o simples elucubraciones. Pero si discierne entre el ruido y las señales, conectando algunas variables significativas con ciertos actores relevantes, y luego se pasan por el tamiz de un análisis diacrónico, entonces el ejercicio anticipatorio se hace menos especulativo y azaroso. Más cercano al de un Alexis de Tocqueville (quien predijo en 1848 –sin saber cómo nombrarlo– el advenimiento de esa nueva forma de tiranía que a la postre se llamó totalitarismo)<sup>22</sup> que al de un anecdótico Nostradamus.

No es que inexorablemente vaya a pasar, pero si todos los factores reseñados llegan a reunirse y potenciarse, tal vez un futurible se identifique con un cuadro donde la libertad económica se vea reducida en la misma proporción en que crecen y se ejercen los poderes fiscalizadores administrativos. O sea, un escenario pesimista (en rojo) para el derecho y optimista (en verde) para la potestad, en el que menos que tender a eliminarse, acaso quepa esperar –cabildeo de por medio– mutuas capturas e insospechadas connivencias y maridajes.

Sería la consagración definitiva de esa muy nuestra, por ecléctica, “economía administrativa de mercado”.

<sup>20</sup> Como bien se separa otras veces. Por ej., en la Ley 19.419 (modificada por la Ley 20.227) relativa al Tabaco (artículo 15), donde la constatación de la infracción compete a la autoridad sanitaria y la sanción al juez de letras en lo civil o al juzgado de policía local correspondientes (dependiendo si la multa es superior o inferior a 50 UTM).

<sup>21</sup> La Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos (artículo 12) no contempla esta conducta como causal de abstención, susceptible de poder alegarse eficazmente.

<sup>22</sup> *La democracia en América*, Alianza Editorial (Madrid) 1ª edición (1980) 3ª reimpresión (1993) vol. 2 capítulo 6, pp. 264-268.



# El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional\*

**Camila Boettiger Philipps**

Profesora Investigadora, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Licenciada y Doctoranda en Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## Introducción

Una de las materias que quizás más se ha discutido en nuestro derecho administrativo es aquella que dice relación con las potestades que se otorgan a la Administración para aplicar sanciones a particulares por el incumplimiento de ciertos deberes o la infracción a determinadas prohibiciones. De común ocurrencia y en los más diversos ámbitos, la imposición de amonestaciones, multas, clausura de locales, y otras medidas tomadas por órganos administrativos en uso de facultades que les otorgan distintos cuerpos legales,<sup>1</sup> se han hecho usuales en nuestro país. Origen además de muchos litigios, dado que por regla general estas medidas pueden ser impugnadas ante los tribunales de justicia mediante diferentes recursos jurisdiccionales que establece la ley en cada caso.<sup>2</sup>

\* El presente artículo deriva del proyecto de investigación "Anomalías institucionales y constitucionales de las Superintendencias", presentado al Concurso de Fondos de Investigación UDD 2008. Quisiera agradecer además la valiosa labor de los ayudantes de investigación del proyecto, Camila Rodríguez Stehn y Nicolás Enteiche Rosales, en la preparación de este trabajo.

<sup>1</sup> Ejemplos hay muchos, sólo por citar algunos: i) El artículo 15 de la Ley 18.410 de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles otorga amplias facultades de sanción a dicho organismo: "Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales". ii) En la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, el artículo 36 establece que "Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley". iii) En el DL 3.538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, el artículo 10 establece que "Corresponde especialmente al Superintendente: f) Aplicar las sanciones que señala el presente decreto ley, de conformidad a lo establecido en el Título III".

<sup>2</sup> Generalmente la ley que otorga la facultad de imponer sanciones al ente administrativo contempla

A pesar de existir muchos ejemplos de esta potestad en nuestra legislación y ser numerosos los órganos de la Administración del Estado que la detentan, el debate doctrinario ha sido intenso. Desde la discusión de la legitimidad constitucional de esta potestad, hasta de los requisitos y límites que deben respetarse por ella y en los procedimientos a través de los cuales se ejerce, las opiniones y las consecuencias de aceptar una u otra posición son diversas.

En este escenario, uno de los principales actores de la discusión ha sido el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC"). Requerido primero por el control preventivo de ciertas leyes y últimamente en virtud del requerimiento de inaplicabilidad, el TC ha tenido más de una ocasión para pronunciarse sobre los puntos más debatidos. Nuestra inquietud, y en consecuencia el objetivo del presente trabajo, es revisar la jurisprudencia del TC sobre esta materia, de manera de identificar las decisiones más relevantes y sus argumentos en relación con las sanciones administrativas. La importancia de esta jurisprudencia viene dada por la interpretación que realiza el Tribunal, desde la Constitución y en la óptica de los derechos fundamentales, y porque además, por la jerarquía del TC, sus sentencias sientan definiciones muy relevantes frente a estas discusiones, que son generalmente aceptadas por el resto de los actores jurídicos.

Hemos seguido un esquema diferente del tradicionalmente usado para analizar las sentencias del TC sobre esta materia. En vez de revisar las sentencias relevantes una por una, hemos intentado sintetizar los aportes del TC, extraídos de diferentes fallos,<sup>3</sup> insertándolos dentro del esquema de la teoría de la potestad sancionadora de la Administración, distinguiendo entre la discusión sobre su legitimidad y respecto de los principios aplicables como límites a su ejercicio en cada uno de sus elementos: infracción, procedimiento y sanción. Nos parece que es necesario, en todo caso, para aprovechar mejor la jurisprudencia del TC en base a este esquema, realizar previamente una breve reseña de la discusión doctrinaria nacional respecto de estos tópicos.

un recurso ante los tribunales de justicia, sea juez de letras o la Corte de Apelaciones. Para los mismos ejemplos dados en la nota anterior: i) El artículo 19 de la Ley 18.410 contempla el reclamo judicial frente a las resoluciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: "Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante"; ii) El mismo artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 18.168, otorga la apelación judicial: "La resolución que imponga sanciones será apelable para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, a menos que se decrete la caducidad de una concesión, en cuyo caso la apelación se hará para ante la Corte Suprema". iii) Para reclamar de las sanciones de la Superintendencia de Valores y Seguros, el artículo 30 inciso 2° del DL 3.538 establece: "El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República".

<sup>3</sup> Las sentencias citadas fueron elegidas en base a análisis anteriores, especialmente AGUERREA (2005b), y también de búsquedas realizadas en el sitio web del TC: [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl).

## II. Esquema de teoría de la potestad sancionadora de la Administración

Podemos dividir el estudio (y en consecuencia la discusión) de la potestad sancionadora de la Administración de la siguiente manera. En primer lugar, el debate respecto de su **legitimidad**, es decir, si se acepta que en nuestro derecho la Administración tenga facultades para sancionar a los particulares<sup>4</sup> por la infracción de determinados deberes o prohibiciones, y las razones que se han dado para su existencia. En este punto, a grandes rasgos en la doctrina nacional pueden encontrarse dos posiciones: una que la niega, fundada en su inconstitucionalidad, y otra que la acepta.

Luego, y en base a su aceptación (dogmática o por la fuerza de la realidad)<sup>5</sup> se discute sobre la **aplicación de los principios del Derecho Penal a su ejercicio**, de manera de imponerle límites a ese poder de la Administración. Esta discusión se detiene en la naturaleza de las sanciones que se imponen por la Administración, respecto de si es también una manifestación del *ius puniendi* o poder de castigo del Estado y por lo tanto limitado por los mismos principios que el Derecho Penal; y seguidamente, en el contenido de estos principios aplicados al Derecho Administrativo sancionador, esto es, si deben aplicarse con el mismo contenido dogmático desarrollado por el Derecho Penal<sup>6</sup> o si su aplicación debe ser adecuada y "matizada" por el Derecho Administrativo.<sup>7</sup>

Finalmente, y siguiendo en parte lo explicado por Bermúdez,<sup>8</sup> estructuraremos la potestad sancionadora de la Administración en base a dos elementos materiales, **infracción** y **sanción**, y uno formal, que es el **procedimiento**. En cada uno de estos elementos veremos la aplicación de algunos de los principios mencionados en el párrafo anterior, tales como legalidad, tipicidad, debido proceso, etc., y cuál es el sentido, alcance o contenido de ellos en cada caso.

<sup>4</sup> Primero que nada debe aclararse que la discusión se ha dado respecto de la potestad de la Administración para sancionar a particulares frente a determinadas conductas, no respecto de las facultades disciplinarias que ejerce la Administración sobre sus funcionarios, punto más bien pacífico o tratado separadamente. Al respecto, SOTO KLOSS (2005) p. 30 y CAMACHO (2007) pp. 11-12, hacen la distinción expresamente. Respecto a las sanciones disciplinarias, puede verse AGUERREA (1998).

<sup>5</sup> Caso de ARÓSTICA (1988) p. 48.

<sup>6</sup> ARÓSTICA (1987) pp. 110-111; VERGARA (2004) p. 140.

<sup>7</sup> CAMACHO (2007) pp. 20-21; ROMÁN (2007) pp. 33-35.

<sup>8</sup> BERMÚDEZ (1998) pp. 323 y 329.

## I. De la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración

### 1. La discusión doctrinaria

Como dijimos, respecto de la legitimidad de la potestad sancionadora pueden identificarse en nuestro medio dos posiciones en doctrina: una que la niega, fundada en su inconstitucionalidad, y otra que la acepta, por diferentes razones. La primera cuestiona la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración por configurar el ejercicio de una potestad jurisdiccional. Entendiendo que sancionar implica juzgar, resolver conflictos jurídicos entre partes e imponer una pena o castigo, y dado que la actividad de juzgar está reservada exclusiva y excluyentemente a los tribunales de justicia,<sup>9</sup> su ejercicio por la Administración o el Congreso (otro poder del Estado) sería ilegítimo.<sup>10</sup> Además, la garantía del debido proceso incluiría la exigencia, para cualquier juicio y obviamente para la imposición de cualquier castigo, de la presencia de un juez imparcial e independiente<sup>11</sup> en un proceso judicial, en un sistema de heterotutela de protección judicial, como el consagrado en la Constitución que viene desde la de 1833.<sup>12</sup> Si sancionar es resolver una contienda jurídica entre partes, ya que una de ellas pretende que la otra ha cometido una infracción y que por eso se le debe aplicar un castigo, que tal juicio lo efectúe una de las partes –la Administración– en contra de la otra, no puede ser una decisión imparcial e independiente.<sup>13</sup> Postula, por tanto, que la imposición de este tipo de sanciones quede entregada a los tribunales de justicia.

Una segunda postura reconoce la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración, dando diferentes razones para ello, además de discutir los argumentos de la posición contraria. Primero, se cuestiona la exclusividad absoluta de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial, lo que implicaría “desconocer las facultades que tiene la autoridad administrativa para imponer sanciones disciplinarias” y la posibilidad que admite el mismo artículo 76 (73) al referirse a “los demás tribunales”, de que existan otros órganos con jerarquía de

<sup>9</sup> En base al artículo 76 (73) de la Constitución Política de la República.

<sup>10</sup> ARÓSTICA (1988), por su parte, argumentaba en la misma línea que “si sancionar supone juzgar, tal poder le está vedado a la Administración, pues le pertenece con exclusividad a los jueces”: p. 42. “No cabe duda entonces, a la luz del régimen constitucional chileno, que a la Administración le compete conservar el orden público interno... mas la represión, el castigo, la sanción por infracciones a sus propias disposiciones, de cualquier orden, está a cargo del juez imponerla al culpable, ya de oficio, ya por denuncia o requerimiento de los agentes administrativos, y cumplido previamente el racional y justo procedimiento...”, p. 43.

<sup>11</sup> “El debido proceso implica –entre otras cosas– un racional y justo procedimiento y es más: nadie puede ser sancionado en un debido proceso si éste no comporta un juez (es decir, un tercero independiente e imparcial): no hay tal debido proceso si quien sanciona es “una comisión especial”, o juez y parte en el mismo asunto”. SOTO KLOSS (1979-1980) p. 101, y nuevamente en (2005a) p. 77.

<sup>12</sup> SOTO KLOSS (1979-1980) pp. 95-96; y (2005b) pp. 43-48.

<sup>13</sup> SOTO KLOSS (2005) p. 46.

tribunales además de los integrantes del Poder Judicial;<sup>14</sup> y “que la propia Carta Magna directamente consagra jurisdicciones paralelas (tales como la electoral, que recae en el Tribunal Electoral, y la política, que recae en las Cámaras del Congreso)...” que permitiría la creación por vía legislativa de otras magistraturas o tribunales que ejerzan jurisdicción, que no necesariamente el legislador debería sujetar a la superintendencia de la Corte Suprema.<sup>15</sup> Camacho critica también a la primera postura una sobrevalorización de las bondades del proceso judicial en cuanto garante de imparcialidad y objetividad, en base a la “crisis del sistema judicial” y la “discutida calidad de la justicia”, lo que “desmiente que la solución idílica sea reservar en exclusiva a los tribunales el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que ello *per se* sea la solución correcta”.<sup>16</sup>

Por otro lado, se han dado diferentes razones para justificar la potestad sancionadora de la Administración: sea que se le reconozca como parte de la función ejecutiva y de su privilegio de autotutela,<sup>17</sup> porque surge de la potestad de administrar,<sup>18</sup> por la necesidad de dotar a la Administración de cierto poder de coacción para el adecuado ejercicio de sus funciones<sup>19</sup> o por razones de orden técnico, social, ante el avance económico y la función del Estado de evitar riesgos asociados a éste.<sup>20</sup> En todo caso, podemos decir que, en términos generales, esta postura asume un criterio más bien funcional en cuanto a la aplicación de sanciones, en vez de orgánico, en que la legitimidad del poder sancionatorio, “no depende tanto del órgano que lo detenta, como del hecho de ejercerse con el debido respeto de los derechos de las personas”.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ COLLAO (1987) p. 133: Según este autor, si estos “demás tribunales” no integran el Poder Judicial, ello significa que pertenecen a otro de los poderes del Estado, el cual sólo puede ser el Poder Ejecutivo. “Así pues, el artículo 73 CPR lleva implícito un reconocimiento en orden a que la autoridad administrativa puede legítimamente ser investida de poderes jurisdiccionales...”.

<sup>15</sup> CAMACHO (2007) pp. 13-14. VERGARA (2005) p. 257: “Existe también por cierto la tentación de extrapolar la acepción orgánica de jurisdicción, para llegar a afirmar que todo órgano instituido para ejercer la potestad de jurisdicción debe formar parte del Poder Judicial. El problema es confundir lo jurisdiccional restringido a los órganos que integran el Poder Judicial; y no considerar que lo jurisdiccional sea primero y antes que todo una función, la que puede cumplirse por todos los tribunales establecidos por la ley, como señala el artículo 73 inc. 1° CP, sea que integren o no el Poder Judicial”.

<sup>16</sup> CAMACHO (2007) pp. 14-15, funda su crítica en: i) la crisis del sistema judicial, que “lo hace poco confiable para los ciudadanos e ineficiente en su tarea principal, que es la administración de justicia oportuna”, basándose tanto en la insuficiencia de recursos del sistema judicial, hasta la forma de selección de los jueces y organización de los tribunales; y ii) la discutida calidad de la justicia, que supuestamente imparcial y objetiva, “no está libre de sospecha la aplicación del Derecho que hacen los tribunales” por su discrecionalidad y las sentencias basadas en elementos subjetivos, y la interpretación de los elementos objetivos (normas) no es uniforme.

<sup>17</sup> CAMACHO (2007) p. 14.

<sup>18</sup> VERGARA (2004) p. 137.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ COLLAO (1987) p. 130.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ COLLAO (1987) p. 131; CAMACHO (2007) pp. 9-11. También ROMÁN (2007) pp. 26-30: justifica la potestad sancionadora de la Administración por los poderes de “particulares poderosos” y los riesgos de daños asociados a una economía de mercado sin regulación.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ COLLAO (1987) p. 134.

Ahora bien, si a primera vista podría parecer que la discusión sobre la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración se concentra en la definición o exclusividad de los órganos que pueden ejercer jurisdicción (tribunales u otros), en realidad el punto central tiene que ver con las características del órgano llamado a decidir sobre la aplicación de sanciones. Si la primera postura aboga por dejar estas decisiones en manos de tribunales, es por las garantías de imparcialidad, independencia y sujeción a procedimientos legales que traen aparejadas en nuestro sistema (a pesar de las críticas de “crisis”), y que justamente permitirían respetar debidamente los derechos de los administrados. Los órganos administrativos, por su sujeción al poder central y por las funciones administrativas que están llamados a ejercer,<sup>22</sup> dirigidas por políticas gubernativas, no son neutros al decidir estas materias, ni menos dan mayores garantías de imparcialidad o de una recta interpretación del Derecho. De ahí que la siguiente discusión sea sobre cómo se ejerce esta potestad, y qué garantías deben darse a los involucrados cuando se le otorgan facultades de sanción a un ente distinto de los tribunales de justicia.

## 2. La jurisprudencia del TC

¿Qué ha dicho el TC sobre este punto? Podríamos decir que por regla general el Tribunal no se cuestiona la existencia de la potestad sancionadora de la Administración<sup>23</sup> y su constitucionalidad, salvo en un par de ocasiones.<sup>24</sup> Las más de las veces, y aun habiéndose alegado este punto por alguno de los actores del proceso,<sup>25</sup> el Tribunal razona sobre el ejercicio de esta potestad y sus límites, tomando como un dato dado su existencia.<sup>26</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos razonamientos en los fallos del TC que podrían dejar entrever una posición del Tribunal en relación con los puntos

<sup>22</sup> ROMÁN (2007) pp. 25-26, y CAMACHO (2007) pp. 11-12.

<sup>23</sup> En este sentido AGUERREA (2005b) p. 76.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional (1994) Rol 184-1994, considerando 7° letras e) y f): Declara inconstitucional la designación de interventores de AFP por la Superintendencia, entre otras razones, por vulnerar el artículo 73 (76) de la Constitución, porque significa ... “e) ...la adopción de una medida precautoria y por ello es inherente, propio y consustancial al ejercicio de potestades jurisdiccionales, exclusivas y excluyentes de los tribunales de justicia, y no de órganos de la Administración del Estado”. Luego en la letra f) dice que vulnera también el artículo 19 N° 3 inciso 4°, “que reconoce el derecho de toda persona al juez natural y prohíbe el ser juzgado por comisiones especiales, como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho”.

Referencias al cuestionamiento de que sea la propia Administración la que conozca de materias sancionatorias en: Tribunal Constitucional (2006) Rol 725-2007, considerando 28°; Tribunal Constitucional (2007) Rol 1061-2007, considerando 26°.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 388-2003.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 2°: El TC no cuestiona la legitimidad del Derecho Administrativo sancionador, sino que plantea la cuestión de “los límites constitucionales” de éste.

discutidos en el acápite anterior: la definición de jurisdicción y los órganos que pueden ejercerla. En cuanto a la **jurisdicción**, el concepto utilizado es amplio, en el sentido que la garantía del artículo 19 N° 3 inciso 5° “se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción –esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico– por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica”.<sup>27</sup> Esta facultad de aplicar normas a hechos, y de resolver sobre su significación jurídica, ha sido analizada por el Tribunal para decidir sobre la constitucionalidad de ciertas facultades otorgadas a órganos diferentes de los tribunales. Por ejemplo, en el control preventivo de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, no cuestionó la facultad del Director del Servicio Electoral para cancelar la inscripción en causales dadas por “hechos o situaciones indiscutibles”,<sup>28</sup> pero declara inconstitucional la facultad del Director de dicho Servicio para cancelar la inscripción cuando se configuren causales por haberse practicado la inscripción electoral en contravención a la ley, cuyo ejercicio “lo autoriza, por ende, para apreciar tanto los hechos como el alcance de las normas” de la ley “a fin de resolver” si se ha practicado una inscripción en contravención a ella.<sup>29</sup>

En cuanto a los órganos que pueden ejercer jurisdicción, en algunos fallos el TC reconoce expresamente el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de órganos administrativos al decidir la imposición de multas u otras sanciones. Ejemplos:

- El reconocimiento que una autoridad administrativa como el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones “por la vía de la reclamación pasará a ejercer funciones jurisdiccionales, sometida al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición le señala”, afectando o estableciendo derechos de terceros:<sup>30</sup> “es indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional, con partes interesadas en la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica...” en la que la autoridad administrativa es la primera instancia.<sup>31</sup> De hecho, más adelante se refiere al artículo 76 (73) de la Constitución, incluyendo dentro del concepto de causas civiles

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 478-2006, considerando 13°; concepto reiterado en: Tribunal Constitucional (2007) Rol 747-2007, considerando 5°.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional (1986) Rol 38-1986, considerando 28°.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional (1986) Rol 38-1986, considerando 22°.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional (1993) Rol 176-1993, considerando 3°.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional (1993) Rol 176-1993, considerando 4°; en considerando 7°: [la norma en estudio] “versa sobre el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a un funcionario administrativo, que al ejercerlas, actúa como tribunal de primera instancia cuyas resoluciones son revisadas en segunda instancia por otro tribunal”.

“todas aquellas controversias jurídica administrativas que se pueden suscitar, y que deben resolver autoridades, que si bien no están insertas dentro de los tribunales que regula el Código Orgánico de Tribunales, están ejerciendo jurisdicción y resolviendo cuestiones que afecten derechos de las personas”.<sup>32</sup>

- En otro fallo, el TC desestima la alegación de la reserva exclusiva de jurisdicción en los tribunales, al establecer que basta que la ley le otorgue al Ministerio de Transportes “competencia sancionatoria para conocer y resolver sobre la aplicación de las sanciones que contempla el respectivo ordenamiento legal”.<sup>33</sup>

Por otro lado, en otras sentencias el TC ha negado el ejercicio de jurisdicción por parte de órganos administrativos: “Que la facultad de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos de aplicar, rebajar o condonar sanciones administrativas a que alude el artículo 6°, letra B, N° 3, se enmarca dentro de sus potestades administrativas sancionatorias, que no suponen ejercicio de jurisdicción... No obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura en diversos pronunciamientos”.<sup>34</sup>

Como balance general, da la impresión que el TC no cuestiona la posibilidad que órganos administrativos apliquen sanciones a particulares en el ámbito que les establezca la ley, usando un criterio más funcional que orgánico. Con un criterio amplio de jurisdicción y de las autoridades (no exclusivamente tribunales) que pueden ejercerla, deja bastante en manos de la ley la determinación de competencias sancionadoras. Otra cosa es que al analizar el ejercicio de ésta, le exija cumplir con una serie de parámetros constitucionales, como veremos: “De dicha garantía constitucional se desprende, como este Tribunal lo ha señalado de modo reiterado, que **tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción**, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo”<sup>35</sup> (énfasis nuestro).

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional (1993) Rol 176-1993, considerando 6°.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 388-2003, considerando 22°. Tampoco considera contrario a la Constitución “...el hecho que una ley faculte a una Superintendencia a sancionar las empresas sujetas a su supervisión ante la infracción de ley no constituye un acto constitucionalmente repudiable...”. Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 28°.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional (2007) Rol 725-2007, considerando 12°.

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional (2007) Rol 808-2007, considerando 10°.

## II. Los límites a su ejercicio: la aplicación de los principios o garantías constitucionales del derecho penal

### 1. La discusión doctrinaria

Vinculado a esto último está el siguiente punto de discusión, en torno a la identificación de la sanción administrativa y penal como “penas”; se considera por la mayoría de los autores que ambas son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado (o derecho a imponer castigo). La mayoría<sup>36</sup> coincide en que la diferencia entre las sanciones penales y administrativas es simplemente cuantitativa, no habiendo una diferencia cualitativa, de naturaleza u ontológica entre ellas.<sup>37</sup> La consecuencia de esto, no menor, es que al Derecho Administrativo sancionador se le deben aplicar los mismos límites, principios y garantías que la Constitución establece para el orden penal.

Este punto es más bien pacífico en nuestro país; en base a esta identidad en la naturaleza de la potestad estatal y de las sanciones que se pueden imponer en virtud de ella, se aboga por la aplicación de las garantías establecidas en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República en el ejercicio de ella.<sup>38</sup> Aplicación de principios tales como legalidad, tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem*, y sobre todo las garantías de un “justo y racional procedimiento”, se consideran necesarios tanto para paliar el cuestionamiento constitucional de los poderes administrativos para sancionar,<sup>39</sup> como por la identidad de naturaleza de las infracciones administrativas y los delitos.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> ARÓSTICA (1988) pp. 43-47; RODRÍGUEZ COLLAO (1987) pp. 122-124; CURY (1996) pp. 76-78; ALCALDE (2002) pp. 226-228; VERGARA (2004) pp. 138-139; MENDOZA (2005) pp. 138-142. La argumentación viene especialmente a raíz de la expresión del artículo 20 del Código Penal en cuanto a que “No se reputan penas... ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

<sup>37</sup> Opinión en contra de esta afirmación la encontramos en CAMACHO (2007) p. 17: Plantea que esta argumentación en el plano del “ser” de las cosas, dificulta la estructuración de un régimen jurídico de sanciones administrativas, ya que en algunos casos el legislador regula con prescindencia de la naturaleza de las cosas (ej. naves y aeronaves, que se regulan como inmuebles a pesar de ser muebles), por lo que carecería de objeto reparar en la naturaleza o esencia ontológica de las cosas, porque eso no significa que vaya asociado un régimen jurídico establecido. No estamos de acuerdo con este planteamiento, ya que justamente la naturaleza de las cosas, en este caso la imposición de castigos por parte de alguna autoridad, que afecta derechos de las personas, es lo que determina los límites constitucionales que debe respetar el legislador al otorgar esta facultad y la forma de ejercerla. No debe olvidarse que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son el límite a la soberanía (artículo 5° de la Constitución Política de la República).

<sup>38</sup> ARÓSTICA (1988) p. 48; RODRÍGUEZ COLLAO (1987) p. 152; ALCALDE (2002) p. 230; VERGARA (2004) p. 140; MENDOZA (2005) p. 140.

<sup>39</sup> ARÓSTICA (1991) p. 189. Sin embargo, según SOTO KLOSS (2005) nota al pie 37, p. 49, es ingenua la posición de aceptar la existencia de esta potestad como un “mal menor” e intentar aplicarle los principios del Derecho Penal y del debido proceso “como si ello fuera a ser realmente aplicado por la Administración y sus funcionarios... conociendo nuestra realidad y la idiosincrasia burocrática”. Por ello aboga por la entrega de la resolución de estas materias al juez.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ COLLAO (1987) p. 152; CURY (1996) pp. 79-82.

La discusión se ha dado más por el contenido de estos principios y límites a la potestad sancionadora. La mayoría piensa que en vista que el Derecho Administrativo no ha desarrollado la aplicación de estos principios, los principios de orden penal deben informar sustancialmente la potestad sancionadora de la Administración.<sup>41</sup> Apoyando esta idea, Aguerrea concluye que el enfoque de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución acerca de las sanciones “era amplio y que las garantías que habitualmente se han establecido respecto de las de índole penal, las entendían aplicables a todos los otros tipos de sanción, con especial referencia a las que puede imponer la Administración del Estado”.<sup>42</sup>

Frente a este planteamiento, hay quienes dicen que “la asimilación al Derecho Penal no es sino una estrategia para neutralizar los poderes sancionadores de la Administración”, porque “es evidente que las exigencias derivadas de la aplicación de los institutos del Derecho Penal no son posibles de cumplir por el Derecho Administrativo sancionador si se interpretan con el mismo contenido prescriptivo”, y que trasvasar automáticamente el contenido de los principios penales al ámbito administrativo implicaría “negar la autonomía del Derecho Administrativo en su especialidad sancionadora y subordinarla no a la Constitución..., sino a otro Derecho Público como el penal, lo cual no tiene fundamento constitucional”.<sup>43</sup> La aceptación de la utilización de instituciones de otras ramas del Derecho se da con la prevención de que esto supone un proceso en que éstas instituciones “importadas” se llenen de fundamento administrativo y “variarán su significado normativo para lograr una interpretación armónica de la disciplina administrativa y los fines que en ella han de cumplir”.<sup>44</sup> De acuerdo a esto, la aplicación de los principios del Derecho Penal será “por regla general”, pero no invariable, y debe ser “matizada”.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> ARÓSTICA (1987) pp. 110-111; VERGARA (2004) pp. 139-140; ALCALDE (2002) p. 230: “...la posición que adoptamos supone, en definitiva, entender que cualquiera fuera la órbita en que nos situemos, tanto el legislador que crea una determinada sanción, como el órgano llamado a aplicarla –juez o Administración– se halla sujeto al deber de observar unos mismos principios generales que informan y limitan esta clase de actuaciones”.

<sup>42</sup> AGUERREA (2005a) p. 61.

<sup>43</sup> CAMACHO (2007) p. 19.

<sup>44</sup> CAMACHO (2007) p. 20; con esta consideración, comparte la aceptación unánime que ha tenido la posición de trasvasar los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador, ya que esta disciplina ha tenido un mayor desarrollo y perfeccionamiento de las instituciones punitivas en concordancia con “las garantías que deben otorgarse al ciudadano cuando su libertad es el bien que puede resultar afectado”. En el mismo sentido, ROMÁN (2007), cree que la especialidad es del Derecho Administrativo sancionador, y que se deben aplicar sus principios, no los del Derecho Penal; que esta rama “no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el Derecho Penal, sino que también, en tanto Administrativo, proteger el interés general y colectivo”. Una crítica a esta fundamentación para la potestad sancionadora en la protección de “intereses colectivos o superiores” puede ver se en ALCALDE (2005) p. 67, especialmente en relación con la invocación del orden público y en materia económica como “bien jurídico protegido”.

<sup>45</sup> CAMACHO (2007) p. 21.

Sin perjuicio de reconocer la autonomía del Derecho Administrativo, nos parece que en este ámbito, ante el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, debe buscarse una interpretación que sea más acorde con la protección de los derechos de las personas frente a un poder del Estado. Si el contenido de esos principios que configuran un límite necesario a esta potestad se encuentra más desarrollado en otra área del Derecho, su categoría de principios generales permitiría la utilización de ese contenido mirando al fin que persiguen más que a su raigambre penal o administrativa. Además, por más que el Derecho Administrativo pueda tutelar intereses públicos, no debe perder de vista que la primera obligación del Estado es el servicio a la persona humana;<sup>46</sup> y que si por tutelar intereses colectivos deben afectarse derechos de las personas, deben tomarse todos los resguardos, y especialmente los que ha establecido la Constitución, para utilizar esos poderes. No se advierte además bajo qué criterios o en qué casos podrían no aplicarse estos principios, si su finalidad es proteger los derechos de las personas frente al poder de la Administración.

## 2. La jurisprudencia del TC

Respecto de la naturaleza de las sanciones, ha dicho que "...aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos".<sup>47</sup>

En este punto la posición del TC ha sido una: "Que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado".<sup>48</sup>

En cuanto a los principios aplicables a la potestad sancionadora, el TC destaca la aplicación del principio de legalidad en general a esta actividad del Estado, por los artículos 6° y 7° de la Constitución (sujeción de toda la actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico), 63 número 8 (exigencia de legalidad de los actos de la Administración), 65 (reserva de iniciativa exclusiva del Presidente de las leyes que crean servicios públicos) y 19 número 3 (reconocimiento de que las sanciones administrativas y las penas pertenecen a la misma actividad sancionadora del Estado o *ius puniendi* y sujetas al estatuto constitucional establecido en ese número).<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Artículo 1° de la Constitución Política de la República.

<sup>47</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 479-2006, considerando 8°.

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional (1996) Rol 244-1996, considerando 9°.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 4°.

Después de este tipo de afirmaciones el TC pasa muchas veces a ocuparse de la aplicación de uno de los principios en particular a alguno de los elementos que integran la potestad sancionadora, por lo que para desarrollar más el contenido de ellos nos referimos al acápite siguiente.

### III. Principios aplicables a los elementos de la potestad sancionadora de la Administración

En relación con la estructura de la potestad sancionadora, el TC se ha referido a las normas que componen el Derecho Administrativo sancionador, clasificándolas en aquellas que establecen las **conductas** debidas de los administrados, aquellas que otorgan las **potestades** sancionatorias a la Administración y aquellas que establecen las **sanciones** que han de aplicarse a las conductas que infringen deberes. Además, otros contenidos del mismo Derecho serían las normas que establecen los **órganos** que pueden juzgar las conductas que infringen deberes y los **procedimientos** a que debe someterse esta actividad sancionadora.<sup>50</sup>

Como anticipamos, ahora revisaremos los principios o garantías constitucionales a los que el TC se ha referido como aplicables a los siguientes elementos de la potestad sancionadora administrativa: infracción, procedimiento y sanción.<sup>51</sup>

#### 1. Infracción

Por infracción nos referimos a la conducta o deber que, de no cumplirse o infringirse, acarrea para el particular la posibilidad de ser sancionado. En relación con ella el TC ha aplicado los siguientes principios:<sup>52</sup>

- **Legalidad:** Como principio general,<sup>53</sup> el TC ha considerado que “La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley...”<sup>54</sup> y que “...la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y sólo a ella establecer al menos el núcleo esen-

<sup>50</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 3°.

<sup>51</sup> Para una revisión del contenido de los principios aplicables al Derecho Administrativo sancionador en términos generales, puede verse: ARÓSTICA (1987) pp. 123-125 (Anexo en nota al pie) y (1988) pp. 48-51; RODRÍGUEZ COLLAO (1987) pp. 153-158; BERMÚDEZ (1998) pp. 329-333; ALCALDE (2002) pp. 231-239; VERGARA (2004) pp. 141-145.

<sup>52</sup> Otros principios conspirados aplicables por los autores citados en la nota anterior, son los de culpabilidad y *non bis in idem*; sin embargo, en la jurisprudencia revisada no encontramos referencias o aplicación de ellos por parte del TC.

<sup>53</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 479-2006, considerandos 6° y 7°.

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional (1996) Rol 244-1996, considerando 10°.

cial de las conductas que se sancionan, materia que es así de exclusiva y excluyente reserva legal...".<sup>55</sup> Aunque pareciera acogerse una tesis de reserva legal estricta, más adelante el TC se ha referido a la posibilidad de que la descripción de la conducta sea complementada a través de la vía reglamentaria: "la colaboración reglamentaria está, a todo evento, restringida a la Constitución en los casos, como lo es el derecho administrativo sancionador, en que rige el principio de legalidad. Si en el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la Administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, no lo está la autónoma, en el sentido que sin la suficiente cobertura legal, un decreto, un reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones".<sup>56</sup> Así, "la Administración no está constitucionalmente facultada para sancionar, si las conductas que se suponen infringidas están descritas únicamente en normas reglamentarias que no tengan suficiente cobertura legal".<sup>57</sup> En otro aspecto, dice que no es necesario que sea la misma ley la que establezca la infracción y la sanción, sólo que ambas normas deben ser de rango legal.<sup>58</sup>

- **Tipicidad:** En relación con este principio, el TC ha dicho que además de establecerse la infracción en una ley, "...la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio de la seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta".<sup>59</sup> Esta "precisa definición", sin embargo, no requiere que sea completa: "...el texto del artículo 19 N° 3 exige que la conducta se encuentre "expresamente" descrita en la ley, pero no que esté "completamente" descrita en el precepto legal",<sup>60</sup> de manera que "la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la Administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias".<sup>61</sup> El precepto de rango legal en todo caso debe tener la

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional (1996) Rol 244-1996, considerando 12°.

<sup>56</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 19°.

<sup>57</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 479-2006, considerando 19°.

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, p. 52: "En la especie, la Constitución no exige que los preceptos que establecen los deberes, los que facultan para sancionar en caso de incumplimiento y los que prescriben sanciones estén todos contenidos en una misma norma".

<sup>59</sup> Tribunal Constitucional (1996) Rol 244-1996, considerando 10°. En el mismo sentido: "Que el principio de tipicidad exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal), de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia (previa) acerca de la conducta que les resultará exigible". Tribunal Constitucional (2006) Rol 479-2006, considerando 25°.

<sup>60</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 17°.

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 479-2006, considerando 14°.

suficiente “densidad normativa”, describiendo de manera suficiente el “núcleo esencial” de la conducta debida; “esa densidad normativa requerida por el principio de tipicidad viene exigida en razón de la seguridad jurídica de los administrados”.<sup>62</sup>

## 2. Procedimiento

Como señala Aguerrea, las decisiones del TC se refieren más a los derechos y garantías de índole procesal que reconoce el artículo 19 número 3 de la Constitución, por violación al derecho de defensa o el derecho al debido proceso, en un enfoque que se aboca a aplicar de un modo concreto las exigencias del debido proceso al procedimiento por el cual se aplica la sanción y la situación del sancionado dentro de él, más que cuestionarse la potestad sancionadora en sí misma.<sup>63</sup>

Aquí haremos un alcance respecto de la garantía constitucional tantas veces invocada ante el TC en esta materia. Tal como señala Evans, los incisos 4° y 5° del número 3 del artículo 19 comprenden tanto la garantía de la legalidad del juzgamiento, que exige un **proceso previo y legalmente tramitado**, como las **garantías** que debe contemplar el **debido proceso**, y que toca al legislador establecerlas para que se dé un racional y justo procedimiento. Aunque estas garantías no fueron enunciadas por la Constitución, señala que los elementos de un racional y justo procedimiento son, entre otros: la notificación y audiencia del afectado; la presentación de pruebas, la recepción de ellas y su examen; la dictación de sentencia en un plazo razonable; la dictación de sentencia por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.<sup>64</sup>

Respecto a la **exigencia de un proceso previo** antes de la imposición de sanciones administrativas, el TC ha sido consistente en exigirlo, conforme al concepto amplio de jurisdicción y la consiguiente admisibilidad de que órganos distintos de los tribunales puedan ejercerla.<sup>65</sup> De esta manera, declaró inconstitucional la facultad del Director del Servicio Electoral de imponer sanciones por rechazo de cuentas de gastos electorales, al no contemplarse “un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa a sus derechos, en sede administrativa,

<sup>62</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 22°.

<sup>63</sup> AGUERREA (2005b) p. 77.

<sup>64</sup> EVANS (1999) pp. 143-144.

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional (1995) Rol 198-1995, considerando 10° letra b: La norma constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, que tal sentencia abarca “todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia, un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o bienes ajenos”.

en forma previa a la imposición de sanciones que en cada caso se establecen”, resultando que “el legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo a las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción”.<sup>66</sup>

En cuanto a la **legalidad del procedimiento**, se declaró inconstitucional un decreto que eliminaba la reclamación ante un juez de letras modificando un procedimiento y trasladando la reclamación ante una autoridad administrativa que la ley del ramo no contemplaba, por vulnerar el artículo 19 número 3 inciso 5° “en la parte que dispone que es al legislador a quien corresponde establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”.<sup>67</sup> Exigencia que abarca procedimientos de todo tipo, en la resolución de asuntos tanto judiciales como administrativos, con reglas que señale la ley.<sup>68</sup>

De las **garantías del debido proceso**, se mencionan recurrentemente el **emplazamiento** del afectado y la posibilidad de ejercer el **derecho a la defensa jurídica**, considerando que es principio general en la materia que el legislador deba dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el ejercicio de sus derechos, “a ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que les formule la autoridad administrativa”.<sup>69</sup> Así se declaró inconstitucional la solicitud de recabo de información que tendría la Unidad de Análisis Financiero, por la tramitación secreta de la solicitud de la autoridad administrativa y la falta de audiencia previa del afectado, aun cuando autorizada judicialmente, fue considerado insuficiente para cumplir con el derecho a defensa.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 376-2003, considerandos 34° y 35°.

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 388-2003, considerando 26°. En el mismo sentido, se ha declarado que el legislador tiene la obligación de dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, tener la oportunidad de defenderse de cargos que la autoridad le formule (proceso legalmente tramitado): Tribunal Constitucional (2003) Rol 389-2003, considerando 29°.

<sup>68</sup> Tribunal Constitucional (2007) Rol 808-2007, considerando 10°.

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 376-2003, considerando 30°. Así, en sentencia Rol 38-1986, en considerando 24° se declaró inconstitucional la facultad del Director del Servicio Electoral para cancelar la inscripción, por haberse inscrito en contravención a la ley, por no establecer normas que aseguren a quien resulte afectado por la resolución del Director un justo y racional procedimiento “ya que no contempla, entre otras garantías, ni el emplazamiento de la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno ante otra autoridad para reclamar de una eventual cancelación indebida”. En el mismo sentido, Rol 43-1987 en considerando 63°, cita el artículo 19 número 3 para declarar inconstitucional la facultad del Director del Servicio Electoral para tener por no presentada la inscripción de un partido político, por no establecer normas que aseguren a quien resulte afectado un justo y racional procedimiento “ya que no contempla, ni el emplazamiento de dicho partido en formación ni tampoco la oportunidad para defenderse”.

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 389-2003, considerando 25°.

En sede constitucional se ha prestado también especial atención a la **impugnabilidad de la decisión** de la autoridad que imponga una sanción, además de que por regla general los procedimientos contemplan una revisión judicial de ellas. Entendida como una segunda instancia,<sup>71</sup> esta revisión judicial es vista como una etapa necesaria dentro del procedimiento sancionatorio,<sup>72</sup> sin la cual no puede considerarse firme o cierta la sanción impuesta.<sup>73</sup> Pero el TC se ha cuidado de advertir que no es suficiente que se permita accionar frente a una instancia judicial después de haberse dictado el acto administrativo que impone la sanción; esa instancia de revisión no supera la falencia de un procedimiento legalmente iniciado, ya que el derecho a defensa jurídica debe poder ejercerse en plenitud en todas las etapas del procedimiento, en las cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas irreversibles.<sup>74</sup>

### 3. Sanción

Entenderemos la sanción administrativa como la consecuencia jurídica desfavorable prevista por el ordenamiento jurídico por la comisión de una infracción administrativa.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Tribunal Constitucional (1993) Rol 176-1993, considerando 3°: Reconoce que frente a la revisión judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago de la resolución del Ministro de Transportes, se está dando el principio de la doble instancia, "cuyo fundamento esencial es que el mismo asunto sea visto en dos oportunidades por distintos jueces, todo ello a través del recurso de apelación". Tribunal Constitucional (1986) Rol 38-1986, considerando 24°, nombra la posibilidad de deducir recurso ante otra autoridad para reclamar de la cancelación de la inscripción electoral como parte de las garantías del justo y racional procedimiento.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional (1995) Rol 198-1995, considerando 10°: Ante las facultades que otorgaba el proyecto de ley al Consejo de Defensa del Estado, el Tribunal estimó que vulneraban la Constitución al dotar a un servicio público de facultades absolutamente discrecionales sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, no previendo recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo decretado por una instancia superior.

<sup>73</sup> Tribunal Constitucional (2007) Rol 792-2007, considerando 16°: "... si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable para el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o que, habiéndolo sido, tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente. Así lo consagra nuestro sistema al permitir que se recurra de las respectivas decisiones administrativas ante los tribunales, cuestión que no sólo está consagrada a nivel legal, sino que también, con mayor jerarquía, en la propia Constitución Política (artículo 38 inciso segundo)..."

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 376-2003, considerando 37°. En el mismo sentido, el TC ha dicho que "...resulta evidente que el poder recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva no es suficiente para entender que, por esa circunstancia, se ha convalidado una situación constitucionalmente objetable". Esa objeción es el "hecho que antes de la aplicación de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el artículo 19 N° 3, inciso segundo..." Tribunal Constitucional (2003) Rol 389-2003, considerando 36°.

<sup>75</sup> Para un análisis más detallado del concepto de sanción administrativa, sus elementos y principios aplicables, véase BERMÚDEZ (1998).

Este es el elemento que menos ha sido analizado por el TC.<sup>76</sup> En la jurisprudencia revisada, es el principio de legalidad el que el Tribunal ha aplicado en el control de las normas sometidas a su conocimiento, el que “obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su “núcleo esencial”, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”.<sup>77</sup> A diferencia de lo dicho en la aplicación de este principio en la infracción administrativa, para el establecimiento de la sanción no se ha admitido expresamente la colaboración de la potestad reglamentaria.

Lo que sí se ha analizado ante la alegación que el principio de tipicidad de las penas exige que se asocie una pena concreta a una conducta en la misma norma u otra asociable directamente,<sup>78</sup> es si es tolerable, en razón de la seguridad jurídica, que “las normas que establecen deberes, las que establecen sanciones administrativas ante el incumplimiento de esos deberes y las que facultan para sancionar, se encuentren dispersas” en dos cuerpos legales que no conllevan referencias recíprocas, lo que finalmente se consideró aceptable.<sup>79</sup>

## Conclusiones

En el área del Derecho Administrativo sancionador, el TC ha tenido importantes pronunciamientos, de los que puede concluirse:

1. Existe un reconocimiento tácito del Tribunal del ejercicio de potestades sancionadoras por parte de diversos órganos de la Administración del Estado, así como un reconocimiento explícito de que las sanciones penales y administrativas son parte del mismo *ius puniendi* o poder de castigo del Estado.
2. Mediante la utilización de un concepto amplio y no excluyente de jurisdicción, el TC ha reconocido que estos órganos puedan resolver situaciones que afectan derechos de terceros, pero por eso mismo, y en base a la

<sup>76</sup> Otros principios considerados aplicables por la doctrina a la sanción administrativa son el de tipicidad y *non bis in idem* (por el cual no podría aplicarse una nueva sanción a una conducta ya sancionada); BÉRMUDEZ (1998) p. 329, VERGARA (2004) pp. 141 y ss; ALCALDE (2002) p. 231, cita también la aplicación del principio de irretroactividad, por el cual la sanción debe estar expresamente contemplada en una ley promulgada con anterioridad a los hechos que configuran el ilícito sancionado.

<sup>77</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 479-2006, considerando 20°. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional (1996) Rol 244-1996, considerando 10°: “La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley...”.

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, página 13.

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerandos 38° y 40°.

identidad material de las sanciones, los somete a una serie de exigencias constitucionales.

3. Estas exigencias dicen relación con la aplicación a la potestad sancionadora administrativa de las mismas garantías y principios que la Constitución exige para las sanciones penales, especialmente los principios de legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, y las garantías de un debido proceso.
4. El TC, a través de diferentes fallos, ha contribuido a la delimitación del contenido de tales principios a los diferentes elementos de la potestad sancionadora, aplicándolos al análisis de infracciones, procedimientos y sanciones administrativos.

## Bibliografía

AGUERREA MELLA, Pedro:

- (1998): "La sanción disciplinaria de destitución y sus problemas actuales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1: pp. 17-26.
- (2005a): "El Estatuto Constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 51-62.
- (2005b): "Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 73-96.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique:

- (2002): *Los principios generales del Derecho. Su función de garantía en el Derecho Público y Privado Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 278 pp.
- (2005): "Bienes jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la Administración", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 63-71.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván

- (1987): "El Derecho Administrativo Sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva)", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo 84 N° 3: pp. 109-125.
- (1988): "Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo 85 N° 1: pp.41-51.
- (1991): "Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 1991 N° 50: pp. 173-195.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998): "Elementos para definir las sanciones administrativas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1: pp. 323-334.

CAMACHO CEPEDA, Gladys (2007): "La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 N° 2: pp. 9-23.

CURY URZÚA, Enrique (1996): *Derecho Penal. Parte General*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro (2005): "Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas (en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas)", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 127-153

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1987): "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 11: pp. 117-163.

ROMÁN CORDERO, Cristián (2007): "Los principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 N° 2: pp. 24-35.

SOTO KLOSS, Eduardo:

- (1979-1980): "El Derecho Administrativo Penal", en *Boletín de Investigaciones* (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile) N° 44-45: pp. 95-103.
- (2005a): "Sanciones administrativas ¿Camino de servidumbre?", en *Gaceta Jurídica*, N° 296: pp.76-88.
- (2005b): "La potestad sancionadora de la administración ¿se adecua a la Constitución?", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derecho Fundamentales* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 29-49.
- (2005c): "La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el "solve et repete" y el Estado de Derecho", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 97-117.

VERGARA BLANCO, Alejandro:

- (2004): "Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) Año 11 N° 2: pp. 137-147.
- (2005): "El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del "Panel de Expertos", en Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La justicia administrativa* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 241-270.

## JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional (1986): Rol 38-1986, 8 de septiembre de 1986.
- Tribunal Constitucional (1987): Rol 43-1987, 24 de febrero de 1987.
- Tribunal Constitucional (1993): Rol 176-1993, 22 de noviembre de 1993.
- Tribunal Constitucional (1994): Rol 184-1994, 7 de marzo de 1994.
- Tribunal Constitucional (1995): Rol 198-1995, 4 de enero de 1995.
- Tribunal Constitucional (1996): Rol 244-1996, 26 de agosto de 1996.
- Tribunal Constitucional (2003): Rol 376-2003, 17 de junio de 2003.
- Tribunal Constitucional (2003): Rol 388-2003, 25 de noviembre de 2003.
- Tribunal Constitucional (2003): Rol 389-2003, 28 de octubre de 2003.
- Tribunal Constitucional (2006): Rol 478-2006, 8 de agosto de 2006.
- Tribunal Constitucional (2006): Rol 479-2006, 8 de agosto de 2006.
- Tribunal Constitucional (2006): Rol 480-2006, 27 de junio de 2006.
- Tribunal Constitucional (2008): Rol 725-2007, 26 de agosto de 2008.
- Tribunal Constitucional (2008): Rol 808-2007, 12 de agosto de 2008.

# Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales<sup>1</sup>

**Sergio Verdugo Ramirez**

Profesor investigador, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

*“Dadle todo el poder a la mayoría, ella oprimirá a la minoría.  
Dadle todo el poder a la minoría, ella oprimirá a la mayoría.  
Ambas fracciones, por lo tanto, deben tener poder, de modo tal  
que cada una de ellas pueda defenderse contra la otra”.*

Alexander Hamilton<sup>2</sup>

## I. Introducción

Las relación entre la democracia y la regla supermayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales (las “LOC”) está siendo cuestionada por diversos actores políticos.<sup>3</sup> De hecho, dos proyectos de reforma a la Constitución Política de la República (la “CPR”) se han presentado en el Congreso estos últimos años.<sup>4</sup>

La doctrina ha tratado poco esta materia. La mayoría de los trabajos existentes se refieren al control constitucional de las LOC, o a la precisión de su concepto

<sup>1</sup> Agradezco los valiosos comentarios de los profesores de Derecho Constitucional José Francisco García, José Manuel Díaz de Valdés y Miriam Henríquez.

<sup>2</sup> Citado por GARGARELLA (1999) p. 15

<sup>3</sup> En su propuesta de reforma constitucional, el senador y candidato presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, ofrece –entre muchas otras materias– modificar el sistema de quórum constitucionales para aprobar, modificar o derogar una norma de LOC y de ley de quórum calificado (la “LQC”). Esta propuesta fue redactada por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Pablo Ruiz-Tagle, quien forma parte activa en la campaña del senador Frei. Véase, dentro del sitio web oficial de la campaña presidencial del senador: <http://www.efrei.cl/site/2008/12/la-constitucion-del-bicentenario-resumen-ejecutivo/>

<sup>4</sup> Véase la moción de 24 de octubre del 2005, de los senadores Adolfo Zaldívar y Rafael Moreno, proyecto que fue en definitiva archivado con fecha 29 de julio de 2008. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl). Véase también un proyecto del Ejecutivo y de los senadores Muñoz Barra, Naranjo, Núñez y Ominami, que tenía el objeto de bajar el quórum de las LOC a la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, haciéndolo similar a las mayorías exigidas para las LQC. Véase PFEFFER (2005) p. 629.

y naturaleza jurídica, pero pocos entran en la discusión democrática acerca de ellas.<sup>5</sup> De hecho, uno de los pocos académicos que proponen expresamente derogar las LOC reconoce que “son casi inexistentes los cuestionamientos actuales a su conveniencia o justicia política”.<sup>6</sup>

Observando que la discusión política en torno a ellas es una realidad, me parece necesario que la doctrina haga un esfuerzo académico para enriquecer dicho debate. Reconociendo a los (pocos) autores que ya han escrito, este trabajo tiene por objeto hacer una defensa acerca de la conveniencia de mantener las LOC, aunque reconociendo ciertos matices.

Previo a eso, repasemos brevemente las características con que el constituyente de 1980 reviste a las LOC de acuerdo a las definiciones doctrinarias mayoritarias:

1. Son normas de jerarquía legal. Por consiguiente, lo que las diferencia del resto de las normas legales es un criterio de competencia (debido a que regulan materias diferentes),<sup>7</sup> y no de subordinación normativa.<sup>8</sup>
2. Regulan materias específicas que son determinadas por el constituyente. Estas materias son de carácter taxativo, por lo que no puede utilizarse la analogía para incorporar nuevas LOC, ni doctrinas demasiado extensivas. Esto también tiene incidencia en el hecho de que, en la práctica, se hable propiamente de “preceptos” orgánicos constitucionales, y no de “leyes” orgánicas constitucionales.
3. En general, dicen relación con materias relevantes para el sistema político y orgánico, aunque ello no siempre es así.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Algunos de los trabajos que sí tratan esta materia de manera más o menos acuciosa: MUÑOZ (2006), LEÓN (2007), ZAPATA (2008).

<sup>6</sup> MUÑOZ (2006) p. 119.

<sup>7</sup> Esta tesis es compartida, entre muchos otros, por Humberto Nogueira, en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (1999) p. 180; ZAPATA (2008) pp. 405-406.

<sup>8</sup> Es importante hacer presente que existió una etapa inicial en la doctrina donde se pensó que la naturaleza de estas era la de ser una norma de jerarquía intermedia entre la CPR y la ley común. En efecto, ya en la CENC es posible encontrar ciertas opiniones en dicho sentido, en autores como Luz Bulnes (CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2080), Jaime Guzmán (CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220). Algunos autores que han sostenido algo similar son SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 94 y 478; RÍOS (1983) p. 41; BULNES (1984) pp. 230-231. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (el “TC”), también se puede advertir una etapa inicial donde se sostuvo esta tesis. Véase, entre otras, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 22 de diciembre de 1981, rol N° 7, considerando N° 8.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 19, N° 11, inciso final, que ordena la creación de la LOC en materia de enseñanza; o el Art. 84, que ordena la creación del Ministerio Público. ¿Son materias relevantes para el sistema político orgánico? Debe reconocerse que, al menos, esto es discutible.

4. Sólo el constituyente puede ordenar la creación de una LOC, y cuando existe dicha orden, esta resulta ser un mandato dirigido al legislador, quien tiene el deber positivo de legislar.

5. Están sujetas a un control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, el que se concentra en el TC (art. 93, N° 3 de la CPR).<sup>10</sup>

6. No puede autorizarse al Presidente de la República a dictar decretos con fuerza de ley en materias propias de LOC (art. 64, inciso 2° de la CPR).

7. Para aprobarlas, modificarlas o derogarlas se requiere de un quórum de cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (art. 66, inciso 2° de la CPR).<sup>11</sup>

A mí juicio, y revisando las críticas que se han formulado tendientes a eliminar las LOC de nuestro sistema constitucional, lo más polémico de las mismas es la regla de supermayoría que requieren para su aprobación, modificación o derogación, razón por la cual este trabajo se centrará específicamente en dicho aspecto, sin desconocer que el debate también alcanza (o puede alcanzar) a otros. La defensa de la utilización de un quórum supermayoritario podría utilizarse para argumentar a favor de otras reglas de mayoría que no corresponden a las LOC. Este trabajo se enfoca sólo en las LOC, atendido la naturaleza de las materias que ellas regulan. Mi interés nace porque son las más frecuentes y debatidas en el escenario político actual chileno, sin desconocer que existen otras normas que podrían eventualmente utilizar los mismos razonamientos que se plantearán en este trabajo.<sup>12</sup> De esta manera, esta investigación se centra en

<sup>10</sup> La reforma constitucional de la Ley 20.050 incluyó también el control de constitucionalidad sobre aquellos tratados internacionales que traten materias propias de LOC.

<sup>11</sup> Cabe hacer presente que, debido a la disposición XII transitoria de la CPR, incorporada por la Ley de reforma constitucional N° 20.050, se requiere de un quórum de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio para las modificaciones a la LOC sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en las materias que en la norma transitoria se indican. Este es el mismo quórum que el texto original de la Carta de 1980 otorgaba a las LOC, el que fue rebajado mediante la reforma constitucional de la Ley N° 18.825, de agosto de 1989.

<sup>12</sup> Ello ocurre, por ejemplo, con las siguiente: 1) Las normas legales que concedan indultos generales y amnistías, las que requerirán quórum calificado para su aprobación y, en el caso de que se trate de delitos considerados como terroristas, deberán tener una supermayoría de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio (art. 63, N° 16, inc. 2° de la CPR). 2) Las LQC, que, pese a tener una mayoría absoluta simple, igual introducen un costo de asistencia que no es menor en la deliberación legislativa. Esta idea se fortalece cuando la primera mayoría parlamentaria no alcanza la mitad más uno en cada cámara, como ocurre hoy, o cuando hay ciertos parlamentarios "díscolos" que alteran las mayorías para ciertos proyectos puntuales (art. 66 de la CPR). 3) Las mayorías de aprobación o ratificación de ciertas autoridades por parte del Senado, como ocurre con los nombramientos de los y ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema (art. 32, N° 12, art. 53, N° 9, y art. 78, inc. 3°, de la CPR), del Contralor General de la República (art. 32, N° 9 y art. 98, inc. 2°), entre otros. No obstante, debe reconocerse que los quóruns de aprobación de autoridades muchas veces producen

la defensa del uso de reglas de aprobación legislativa superiores a la mayoría simple, para ciertas normas de rango legal. Es importante precisar que se trata de "ciertas" normas, ya que, a mi juicio, es conveniente que la regla general en materia de quórum sea (y de hecho, es) la mayoría simple, admitiendo que la regla supermayoritaria de las LOC es excepcional, y se encuentra reservada para aquellas materias definidas por el constituyente como tal.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que una posición coherente que defienda las LOC debe ser abierta en aceptar la posibilidad de que existan materias que no sean necesariamente convenientes de entregar al legislador orgánico. Ello se debe a que la validez de los fundamentos para crear una LOC depende de dichas materias específicas. Por ello, necesariamente el análisis de aplicación de los fundamentos debe ser casuístico, esto es, ponderando si en cada caso particular se justifica la regulación orgánica constitucional o no.<sup>13</sup>

No forman parte de este trabajo algunos interesantes problemas en torno a las LOC, los que en general no dicen relación (a lo menos no una relación directa) con el cuestionamiento democrático de las mismas. En este sentido, no se tratan en esta investigación los problemas derivados del control constitucional de las mismas;<sup>14</sup> ni el relativo al supuesto pecado de origen que se ha invocado

---

efectos distintos en el comportamiento de las coaliciones políticas al interior del Congreso, que las hacen separarse de la naturaleza y fines de las LOC (que se verán a lo largo de este trabajo). Así, por ejemplo, en el nombramiento de ministros de la Corte Suprema el efecto del quórum produce que las coaliciones acuerden mediante pactos no vinculantes (los que no siempre han sido respetados) el nombramiento de un ministro cercano a una doctrina específica, subordinado al nombramiento posterior de un ministro cercano a la doctrina contraria. Esta no es una lógica de control, sino que de equilibrios políticos al interior del máximo tribunal. Por su parte, el quórum de aprobación del Contralor produce un fuerte control de las minorías por sobre la decisión de la coalición gobernante.

<sup>13</sup> Este ejercicio exige la detención del autor en cada una de las materias puntuales, luego de haber definido los criterios y fundamentos generales. Así, debe aceptarse que pueda haber materias que, no siendo hoy propias de LOC, deberían entregarse a ellas, así como debe también aceptarse que ciertas materias que hoy son propias de LOC, tal vez podrían no serlo sin causar un perjuicio a los fundamentos de las mismas. Este trabajo sólo trata acerca de los fundamentos generales que justifican la conveniencia de tener LOC para ciertos casos, sin necesariamente entrar a analizar los mismos en particular, lo que probablemente será materia de una investigación posterior. Este punto es compartido por Fernando Muñoz, quien sostiene que "es necesario estudiar con acuciosidad y detención, sistemáticamente, qué materias estaremos dispuestos a regular exigiendo un quórum de aprobación más alto y qué materias no". Véase MUÑOZ (2006) p. 123. Con ello, reconoce que hay casos en que la regla de supermayoría se justifica. De hecho, su argumentación contraria a las LOC atiende justamente a las materias que ellas regulan. En su concepto, sólo puede permitirse una mayoría calificada si con ello se protegen derechos fundamentales de las minorías, lo que ocurre con la mayoría de las LOC (lo que las justifica y legitima), pero no con las LOC. De esta manera, al aceptar la posible conveniencia de las LOC, MUÑOZ no las ataca directamente, sino que simplemente cuestiona la discreción del constituyente en disponer casuísticamente qué materia debe ser propia de LOC y qué materia no.

<sup>14</sup> Debo hacer presente que, a mi juicio, la conveniencia del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad es una materia discutible que no obsta a la existencia de la regla de supermayoría en las LOC. En efecto, las dudas acerca de la conveniencia de que las LOC estén sometidas a un control preventivo obligatorio se encuentran desde el seno de la misma Comisión de Estudio para la Nueva

para deslegitimar las mismas, en cuanto ellas fueron creadas por el Gobierno Militar;<sup>15</sup> ni el importante cuestionamiento en torno a la autoridad encargada de calificar qué materia es propia de LOC y qué materia no.<sup>16</sup>

Como este trabajo trata acerca de las supermayorías exigidas para aprobar las LOC, y no sobre las LOC propiamente tales, útil es revisar ciertos antecedentes históricos y comparados que han brindado antecedentes derivados del constitucionalismo para la utilización de supermayorías. Por ello, este trabajo comenzará por hacer una breve revisión de los mismos. En seguida, revisaré cuáles son los argumentos tradicionales que se han invocado para justificar dicha regla en las LOC, en Chile. En particular, y sin perjuicio de citar otros autores, me detendré en los utilizados por la CENC. Algunos de dichos argumentos presentan problemas. Luego, revisaré cuáles son las razones que se han invocado por la escasa literatura académica que critica la conveniencia o legitimidad de las LOC, intentando examinar los mismos con la debida refutación. Luego, intentaré construir otros argumentos que justifiquen su existencia y vigencia democrática hoy.

---

Constitución (la "CENC"), donde Enrique Ortúzar Escobar planteó que "no ve la razón por la cual una ley constitucional, si se ajusta al procedimiento y a los quórum establecidos, deberá ir necesariamente al Tribunal Constitucional, aunque nadie haya planteado cuestión alguna de constitucionalidad". CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2080. Asimismo, "si las leyes orgánicas requirirán un quórum especial, debe suponerse que el Parlamento se ajustará a la Constitución. Considera que en caso contrario, la misma razón habría para pensar que la ley común va a violar la Constitución (...)". CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2221. Sobre los problemas del control preventivo de constitucionalidad de las LOC hay bastante literatura. Véase, entre otros, a ZAPATA (2008) pp. 397 y ss; y a BUCHHEISTER y SOTO (2005) pp. 253-275.

<sup>15</sup> Quiero hacer presente que, para efectos de este trabajo, no me haré cargo del argumento que señala que las LOC son ilegítimas por haber sido dictados por la Junta de Gobierno, ya que se trata de un argumento de autoridad que no ataca necesariamente las razones para establecer reglas de supermayorías en materia legislativa.

No obstante todo lo señalado, debe decirse que esta objeción del "pecado de origen" comienza en la propia CENC, donde algunos miembros de ella (Guzmán, Ortúzar, Lorca y Carmona) manifestaron sus temores a que, debido al alto quórum de aprobación de las mismas, ellas podrían correr el riesgo de que nunca fueran dictadas, dejando un vacío insalvable en la CPR. Por ello, se asumió que todas ellas serían dictadas por la Junta de Gobierno (Véase CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2221). En todo caso, ello no sucedió en todas las LOC que la CPR ordenaba. Debe hacerse presente que estos temores fueron expresados en un contexto donde las LOC tendrían una supermayoría del mismo nivel que algunos capítulos de la CPR (3/5 de parlamentarios en ejercicio), lo que hoy día no existe, ya que este quórum fue rebajado, haciendo más factible (y real, como de hecho ha ocurrido) los cambios legislativos en democracia.

<sup>16</sup> Si bien es cierto que la CPR es la que califica qué materias son propias de LOC, debe reconocerse el problema práctico derivado de la autoridad encargada de interpretar los preceptos constitucionales respectivos. A mí entender, debe ser el TC –y no el propio legislador– quien interprete la CPR. Sin embargo, esto trae varios problemas, sobre todo cuando –en los hechos– el legislador no envía el proyecto al control preventivo, ya que el TC no tiene facultades para ordenar que se le remita el mismo a su despacho. Por ello, en la práctica legislativa, es el Congreso el que califica si una norma es o no LOC, y el TC el que confirma o rechaza dicho criterio. Véase el enorme problema derivado de la eventual inconstitucionalidad de forma de una ley vigente que debió ir al control preventivo y no lo fue, como ocurre con varias disposiciones del Código Procesal Penal.

## II. Algunos antecedentes históricos y comparados de las LOC

Como ya se precisó, las LOC se caracterizan por ser normas de rango legal sujetas a ciertas garantías otorgadas por la CPR. El objeto de este trabajo es defender la vigencia de la regla de supermayoría. En este sentido, la idea de establecer normas inferiores a la CPR que gocen de quórum especiales de aprobación ha sido concebida desde antiguo. Si bien es cierto que ellas no son un antecedente inmediato de las LOC en Chile (salvo por la Constitución francesa), dichos antecedentes sirven para fundamentar la existencia de la rigidez de normas de rango legal, en la medida en que la lógica que los justifica se puede trasladar a las LOC (y, por cierto, a otras normas con características similares).

La idea de las leyes con quórum superiores a la mayoría simple es muy antigua en la historia del constitucionalismo, tanto para el carácter rígido de las Constituciones, como para la rigidez legislativa.

Así, ya en el siglo XVII John Locke decía que "(...) quienquiera que salga del estado de naturaleza para integrarse en una comunidad debe entenderse que lo hace entregando a la mayoría de esa comunidad, o a un número más grande que el de la simple mayoría, si así lo acuerdan, todo el poder necesario para que la sociedad alcance esos fines que se buscaban y que los convocaron a unirse".<sup>17</sup> Posteriormente, en 1762 Jean Jacques Rousseau planteó en su obra "El Contrato Social", que el ejercicio de la voluntad general se debe adecuar a diferentes quórum, entregando ciertos criterios para ello: "(...) cuanto más importantes y graves sean las deliberaciones, más unánime debe ser la opinión predominante; (...) cuanto mayor prontitud exija la resolución del asunto de que se trata, más debe reducirse la diferencia prescrita en la proporción de opiniones. En las deliberaciones que es necesario terminar sobre el terreno, el excedente de un solo voto es suficiente. El primero de estos principios parece más conveniente a las leyes, y el segundo, a los asuntos. De todos modos, por medio de combinaciones se establecen las mejores relaciones de que pueda disponer la mayoría para pronunciarse y decidir".<sup>18</sup>

Siguiendo con los criterios planteados por estos dos grandes contractualistas, el contrato social (la CPR material, en nuestro lenguaje) debe ser adoptado de manera unánime. Por ello, no cabe ninguna duda que el resto de las materias

<sup>17</sup> LOCKE (2002) pp. 113-114.

<sup>18</sup> ROUSSEAU (1983) p. 165. Debo advertir al lector que, no obstante lo señalado, hay pasajes en la obra de Rousseau que contradicen lo dicho, como lo demuestro más adelante. Si bien por un lado Rousseau ideó esta fórmula de quórum, no es menos cierto que también ideó un sistema donde las mayorías podrían ejercer el Gobierno de manera tiránica.

que citan resultan de competencia de normas de naturaleza inferior a la constitucional, admitiendo con ello la rigidez legislativa.

Si bien los criterios entregados por los dos autores citados para fundamentar la asignación de una regla de supermayoría a una norma de rango legal determinada son bastante imprecisos (y hasta vagos), no puede desconocerse que sirven para sostener que la idea de la garantía del quórum especial ha estado presente desde los orígenes del constitucionalismo democrático. Así, debe suponerse que no ha sido concebida por dichos autores como un elemento contrario a la democracia, pese a que dicha regla de supermayoría no se llevará a cabo (de acuerdo a los antecedentes a que he podido acceder) sino hasta la Constitución francesa de 1958.

Esta Constitución es, sin duda, la más influyente en esta materia (de hecho, las bautiza como tales), y es la que más se parece a la chilena. En síntesis, dicha CPR dispone un plazo suspensivo para poder aprobar la LOC en las Cámaras, de un quórum calificado por una mayoría absoluta en la Asamblea Nacional, y son objeto de control preventivo obligatorio ante el Consejo Constitucional.<sup>19</sup> Luego de ella, las LOC fueron utilizadas por la Constitución española de 1978. Esta CPR no fue el modelo que siguió la Carta de 1980. En efecto, las diferencias entre ella y la CPR chilena son sustanciales, por cuanto en la española el mandato al legislador orgánico es, en ciertos casos, genérico (y no específico, como la chilena), entregado no sólo para instituciones elementales del sistema político, sino también para derechos fundamentales,<sup>20</sup> y la mayoría exigida es la simplemente absoluta. Estos ejemplos son los más utilizados por la doctrina al citar derecho comparado en la materia, aunque debe hacerse hincapié en que ninguno de ellos es muy útil para efectos de este trabajo, ya que ni la Carta francesa ni la española contienen la exigencia supermayoritaria que dispone la CPR chilena. Sin embargo, el argumento de la rigidez podría encontrar un parecido si se asume que el costo de legislar, aun no estando en el quórum, se encuentra en el procedimiento agravado. Algunas Constituciones que sí presentan quóruns agravados dignos de mencionar son la belga<sup>21</sup> y la portuguesa.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Véase el art. 46 de la Constitución francesa de 1958, el que fue modificado recientemente por reforma constitucional de 23 de julio de 2008. <http://www.senat.fr/Ing/es/constitution.html>

<sup>20</sup> En efecto, y sin perjuicio de que casuísticamente la Carta española entrega al legislador orgánico una serie de materias institucionales, la materia más importante está precisada en el Art. 81, N° 1, que dispone que "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución". La CPR chilena, por su parte, sólo entrega al legislador orgánico materias –valga la redundancia– orgánicas. Véase <http://www.constitucion.es/>

<sup>21</sup> Véase la Constitución de Bélgica de 1994, en su art. 4.

[http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html)

<sup>22</sup> Véase la Constitución de Portugal de 1976, en sus arts. 112, N° 3; 136, N° 3; 168, N°s 5 y 6.

[http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/)

Asimismo, algunas Constituciones latinoamericanas que resultan interesantes son la ecuatoriana, la venezolana, la peruana, la colombiana y la argentina.<sup>23</sup>

Fuera del contexto latinoamericano, un caso importante lo representa el del Senado de los Estados Unidos de América (los "EE.UU."), fuera del procedimiento rígido de reforma constitucional. EE.UU. no tiene normas de quórum supermayoritario que sean asimilables a la LOC. Sin embargo, existe una interesante institución denominada *filibuster*,<sup>24</sup> que produce el efecto práctico de que 41% de los senadores podrán bloquear la posibilidad de someter a votación un proyecto, aun cuando este tenga apoyo mayoritario de un 59% (ó 3/5) de los mismos. Ello es un claro ejemplo de bloqueo de las minorías hacia las decisiones mayoritarias. Cabe hacer presente que el *filibuster* no distingue por materias, siendo aplicable a todas ellas. En este sentido, la consecuencia de esta institución puede resultar similar a la experiencia chilena de las LOC.

### III. Fundamentos tradicionales de la rigidez legislativa

Las LOC fueron introducidas en Chile por primera vez en la CPR de 1980, a raíz de una intervención que hizo el profesor Raúl Bertelsen Repetto en la CENC, durante la discusión acerca del régimen del Congreso Nacional. En general, se han dado cinco razones para justificar la rigidez de la LOC: 1. El carácter breve de la CPR; 2. La necesidad de complementar directamente la CPR; 3. El quórum agravado es más representativo de la voluntad general; 4. Estabilidad institucional y legitimidad 5. La calidad de la decisión legislativa.

1. El carácter breve de la CPR hace necesario que su desarrollo más directo esté entregado a normas complementarias. Con este argumento, se asume

<sup>23</sup> Constitución de Ecuador del 2008 [http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf); la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (véase en especial el art. 203) <http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf>; la Constitución de Perú de 1993 (ver en especial el art. 106) <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>; la Constitución de Colombia de 1991 (ver en especial los arts. 151 y 150, N° 17) <http://www.cna.gov.co/cont/documentos/legislacion/constitucion.pdf>; y la Constitución de Argentina modificada en 1994 (ver en especial los art. 77, art. 75, N° 2) <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/leyes.php>.

<sup>24</sup> En español, significa filibustero, pirata. Este consiste en que un senador puede bloquear el proceso legislativo tomándose la palabra por tiempo indefinido. Como los senadores tienen derecho a expresar sus opiniones, este no era limitado en el tiempo de la intervención. Así, el senador puede estar días y días dilatando la aprobación de la ley respectiva. Como una manera de impedir esta situación, se modificó el reglamento del senado de los EE.UU., y se dispuso que una mayoría podrá frenar la intervención del senador para forzar la etapa de la aprobación de la ley. Sin embargo, esa mayoría es especialmente calificada, lo que hace que las minorías, votando en contra del cierre del debate, puedan bloquear en la práctica la decisión mayoritaria. Véase el inciso 2° del N° 2, de la regla XXII, titulada "*precedente of motions*", en [http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule\\_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522](http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522).

que el carácter rígido y supremo de la CPR justifica que dichas normas complementarias estén revestidas de ciertas garantías.<sup>25</sup> Así, se hace extensiva la rigidez de la CPR a las LOC, aunque reconociendo el carácter inferior de éstas. Este argumento hace suyas las razones que justifican la rigidez de la CPR como norma suprema, debido a la proximidad existente entre ella con las LOC.<sup>26-27</sup> Las causas o fundamentos de las Constituciones rígidas –y, por consiguiente, de las LOC– son, para el clásico autor, James Bryce, las siguientes: asegurar los derechos de las personas limitando la acción de los gobernantes; promulgar positivamente la forma de Gobierno y evitar posteriores controversias; convertir a la Constitución en un instrumento que asegure la organización de la comunidad política, y la hagan popularmente comprensible.<sup>28-29</sup> También debe agregarse que la rigidez de la CPR es una consecuencia lógica de la supremacía constitucional, ya que (y siguiendo la lógica del juez Marshal en *Marbury v. Madison*, que cito más adelante) si se acepta que la CPR puede ser modificada mediante una ley simple, entonces se estaría aceptando que su jerarquía es la misma que la de una ley. Sin la rigidez, por lo tanto, se hace ilusoria la supremacía. Este argumento no puede ser utilizado para la defensa de la rigidez de las LOC, ya que ellas tienen, como se explicó un rango similar al de la ley e inferior al de

<sup>25</sup> “La Carta Fundamental no puede regular con detalle el proceso legislativo (...). Debe estructurarse una Constitución que, en su gran mayoría, contenga normas generales, porque, de lo contrario, un texto detallista sólo conducirá a conformar un sistema político muy rígido y que será preciso modificar continuamente, con su consiguiente desprestigio. Piensa que en varios puntos se requerirá establecer la existencia de leyes orgánicas o complementarias de la Constitución, idea ya acogida en la Carta francesa de 1958”. Opinión de Raúl Bertelsen, en CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2079.

<sup>26</sup> La clasificación de las Constituciones entre rígidas y flexibles fue planteada por James Bryce en su obra “Constituciones Rígidas y Constituciones Flexibles”. En el Derecho comparado han triunfado las Constituciones rígidas, salvo tal vez la inglesa que, siendo no escrita, es lógicamente flexible. Pese a ello, en términos de Friedrich, es igualmente una “Constitución firme”. Véase PEREIRA MENAUT (1998) p. 81.

<sup>27</sup> Para un conocido autor nacional, la idea es no rigidizar demasiado la CPR, entregando un cierto grado de flexibilidad a sus normas complementarias. SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 157. Esto puede resultar contradictorio justamente con la idea de establecer reglas de supermayorías inferiores, ya que justamente como la CPR es breve y rígida, su complementación y desarrollo extensivo es conveniente entregarlo a normas más flexibles. Sin embargo, a mi juicio, no existe una contradicción, ya que igualmente son normas más rígidas que la ley común, pero más flexibles que la Constitución. Se trata de una rigidez, por tanto, intermedia. La idea es no “amarrar” y hacer que el sistema político sea susceptible de adaptarse a los cambios sociales que exigen reformas institucionales, pero sin dejarlo a merced de mayorías relativas, inestables y cambiantes. Estos cambios serán producto de un amplio (aunque no tan amplio) acuerdo, el que es posible de lograr, como lo ha demostrado la experiencia legislativa desde 1990 hasta la fecha.

<sup>28</sup> PEREIRA MENAUT (1998) p. 86.

<sup>29</sup> Cabe hacer presente, además, que las teorías contractualistas (y, en especial, las denominadas *Constituciones pactadas*) fortalecen la idea de un acuerdo unánime que da vida al Estado. Dicho acuerdo se entiende tácitamente aceptado por la comunidad política, y justifica la rigidez de su modificación debido justamente a la unanimidad teórica de su establecimiento. PEREIRA MENAUT (1998) p. 87. También debe recordarse que las Constituciones rígidas han tenido un necesario desarrollo en los Estados Federales, por cuanto el pacto fundamental entre los Estados miembros justifica que su modificación requiera del consentimiento de dichos Estados. PEREIRA MENAUT (1998) p. 85.

la CPR, por lo que no se puede invocar la supremacía constitucional. Así, para utilizar este argumento, debería sostenerse la abandonada y antigua teoría (ya citada en este trabajo) que decía que las LOC son jerárquicamente superiores a la ley común, aunque se reconozca su inferioridad a la Carta Fundamental. Además, puede citarse la idea de que la Constitución contiene “verdades políticas inmutables que el hombre descubre por la razón”,<sup>30</sup> lo que justifica incluso el hecho de que algunas de sus normas no sean susceptibles de modificación o derogación.

Si este argumento se utiliza para las LOC, sin moderarse y volviéndose absoluto, el desorden de los rangos normativos volvería absurda la delimitación del sistema de competencias, no siendo posible reconocer diferencias entre el legislador orgánico constitucional y el constituyente derivado. De esta manera, todas estas razones se ven necesariamente algo atenuadas, ya que las LOC no reemplazan la CPR, sirviéndole sólo de complemento y desarrollo. Recordemos que el quórum de las LOC ya fue disminuido y no es igual al de una reforma constitucional, razón por la cual sería fácil señalar que la rigidez constitucional es transmisible a las LOC sólo en parte. ¿En cuál? Sólo en aquella que sea una consecuencia necesaria del desarrollo constitucional. Esto nos acerca a la idea de las LOC que forman parte de la Constitución material, asunto al cual me referiré.<sup>31</sup>

2. Las LOC son “el desarrollo o la deducción natural del precepto constitucional (...) la ley orgánica es el complemento indispensable de la norma constitucional”.<sup>32-33</sup> Este argumento, si bien es utilizado para defender la existencia del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, también puede ser utilizado para defender el sistema de quórum, ya que, en palabras de Enrique Ortúzar, “(...) si las leyes orgánicas requerirán un quórum especial, debe supo-

<sup>30</sup> PEREIRA MENAUT (1998) p. 87.

<sup>31</sup> Sin perjuicio de lo ya señalado, me parece un aporte al debate lo planteado por el profesor Aldunate, quien sostiene que “(...) existiendo ya el quórum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales, las respectivas exigencias de 3/5 y 2/3 previstas en el capítulo relativo a la reforma constitucional solamente constituyen una diferencia política respecto de la entidad cuantitativa de la minoría protegida, pero no cualitativa”. ALDUNATE (2005) p. 77. Por su parte, el profesor Zapata nos dice que “el mismo objeto (de las LOC) se pudo haber logrado dándole a la propia Constitución Política una extensión mayor, haciendo que ella misma reglamentara con mayor detalle todos los aspectos jurídico-políticos más relevantes”. ZAPATA (2008) p. 401. Para este autor, el objeto de las LOC es sustraer del legislador la posibilidad de decidir libremente respecto de ciertas materias, limitando la capacidad reguladora de la ley.

<sup>32</sup> Intervención de Raúl Bertelsen, en CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2080.

<sup>33</sup> Estas palabras de Raúl Bertelsen recuerdan lo señalado por James Bryce: “Una Constitución rígida bien redactada se limitará a los asuntos esenciales y dejará muchos detalles para que la legislación ordinaria y los usos los rellenen después”. Citado por PEREIRA MENAUT (1998) p. 38.

nerse que el Parlamento se ajustará a la Constitución (...)”.<sup>34</sup> De esta manera, se asume que la existencia de un quórum alto garantizaría de mejor manera la conformidad de la LOC con la Constitución, lo que fortalece la supremacía constitucional y se justifica atendiendo la importancia de las materias que estas regulan. Así, se evitaría que materias tan importantes estén entregadas a normas que pudieren deformar la norma suprema. Ello justifica la existencia del control obligatorio de constitucionalidad y el alto quórum.<sup>35</sup>

3. La regla de supermayoría representa una mejor expresión de la “voluntad general”, ya que se produce sobre la base de acuerdos entre las diferentes coaliciones políticas con representación parlamentaria.<sup>36</sup> Este argumento de los acuerdos ya había sido utilizado por Hans Kelsen para defender el rol de las mayorías dentro del sistema democrático: “todo el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones”.<sup>37</sup> Así, es posible ver una razón de coherencia entre la existencia del Parlamento y el rol reforzado de las minorías.

Esta necesidad de acuerdos o transacciones fue señalada en la CENC pensando en el alto quórum que existía originalmente para aprobar o modificar una LOC. No obstante, y como ya se explicó, la reforma constitucional de 1989 rebajó este quórum a cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.<sup>38</sup> De esta manera, a mi juicio, más que forzar el llegar a amplios acuerdos, las LOC obligan a la coalición mayoritaria a buscar algunos votos de la oposición parlamentaria. No requieren de un amplio acuerdo, pese a que ellos igual se han producido para ciertos proyectos específicos, como ocurrió con los recientes cambios a la LOC de Enseñanza por la Ley General de Educación.

4. También podría pensarse que, al ser materias tan relevantes para el sistema político, es útil que las mismas gocen de estabilidad institucional en el tiempo,

<sup>34</sup> CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220. Es importante precisar que, y como ya se ha señalado, el sr. Ortúzar se oponía a que las LOC fueran al control preventivo. El argumento invocado igual resulta útil, ya que con él se pretende destacar que este control no es necesario, ya que la conformidad a la Constitución estaría garantizada por el alto quórum especial.

<sup>35</sup> El argumento de Bertelsen en este sentido es para responder la observación de Ortúzar y hacerle ver la importancia del control preventivo obligatorio, ya que, a su juicio, no basta con la sola existencia de la regla de supermayoría. Para ello, dice que “es conveniente pensar en las múltiples posibilidades que el inadecuado desarrollo de las leyes complementarias ofrece para deformar una Constitución (...)”. CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220.

<sup>36</sup> Véase la intervención de Bertelsen en CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220.

<sup>37</sup> KELSEN (2002) p. 66.

<sup>38</sup> En palabras del profesor Zapata, quien es contrario a las LOC, “la necesidad de reunir mayorías calificadas ha inducido y/o forzado el desarrollo de una práctica parlamentaria caracterizada por la transacción y el consenso”. ZAPATA (2008) p. 402.

de manera que sus cambios no sean traumáticos y gocen de suficiente legitimidad frente a la población. Esta razón significa restarle valor a la decisión de mayoría simple.<sup>39-40</sup> Hans Kelsen aporta dos audaces argumentos de legitimidad en este sentido: En primer lugar, "Estos dos grupos (mayoría y minoría) pueden diferir más o menos en su fuerza numérica, pero no difieren en igual medida en su importancia política y potencia social. Es, ante todo, esta fuerza de integración social la que caracteriza sociológicamente el principio de la mayoría".<sup>41</sup> Recogiendo justamente la importancia de las minorías, la regla de supermayoría viene a impedir que mayorías relativas e inestables en el tiempo puedan, por sí solas, imponer una norma tan trascendente.<sup>42</sup> En segundo lugar, el mismo Kelsen colabora con el argumento de legitimidad indicando que "La conciencia de que la ley que uno tiene que acatar ha sido formada por sus elegidos, y que se ha llegado a ella con su asentimiento, o siquiera con su participación, más o menos influyente, crea cierta predisposición a la obediencia, la que tampoco falta en la dictadura, si bien ésta inspirada, en este caso, por otros móviles psicológicos".<sup>43</sup> De esta manera, si las minorías participan del proceso legislativo y acuerdan con las mayorías la ley que juntas aprobarán, aquellos ciudadanos que votaron por las minorías se sentirán más vinculados por el precepto legal que ellas dicten.

El costo de legislar en materias de LOC es superior al normal, por lo que puede suponerse que será menos frecuente la actividad legislativa o que, a lo menos, esta será ejercida con mayor moderación. La legitimidad de la decisión legislativa contará con un apoyo político superior al normal. De esta manera, complejos y delicados cambios legales pueden ser presentados frente a la población y hacer que ella acepte el cambio normativo. Un buen ejemplo de esto me parece el cambio a la LOC de enseñanza mediante la Ley General de Educación, la que, producto de un amplio acuerdo con la oposición, produjo que el Gobierno,

---

<sup>39</sup> Esto es explicado por Friedrich: "Si en un caso especial se pronuncian 501 en vez de 499 a favor de una decisión, esta decisión aislada no está por ello legitimada como tal. Se trata, por el contrario, de un proceso en el que esta decisión aislada es sólo una parte del engranaje total, en el que la mayoría es un componente integrante de los mil. El proceso resulta de la vida misma de la comunidad, y se trata fundamentalmente de una desviación del concepto de Rousseau de la *volonté générale*". FRIEDRICH (1960) p. 98. Más adelante, este autor afirma que si una mayoría escasa logra aprobar una decisión política, entonces ésta "sólo a causa de su desarrollo posterior puede ser plenamente legitimada. Esta base de legitimidad da lugar a una endeble capa de legitimidad. Si en el curso de su ulterior desarrollo se muestra un efecto nocivo de esta decisión puede tomarse otra decisión contraria; sólo es, por tanto, legítima con reservas". FRIEDRICH (1960) p. 99.

<sup>40</sup> Esta idea fue defendida por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 26 de noviembre de 1981, rol N° 4, considerando N° 4. Véase también la sentencia de 27 de abril de 1997, rol N° 255, considerando N° 5.

<sup>41</sup> KELSEN (2002) pp. 65-66

<sup>42</sup> En palabras de un autor, "La exigencia de quórum tan alto se explicaba por la relevancia de las materias reguladas por estas normas y al propósito, por lo mismo, de que su permanencia contribuya a la estabilidad institucional". CRUZ-COKE (2005) p. 159.

<sup>43</sup> KELSEN (2002) p. 74.

finalmente, pudiera llevar a cabo una delicada y compleja política pública para el país. De esta manera, se resisten las críticas no menores ni aisladas que han existido por parte de poderosos grupos de presión. La pregunta es: ¿qué hubiese pasado si el Gobierno, haciendo uso de una eventual mayoría oficialista (que, en los hechos, la ha tenido), hubiera impuesto su visión propia sin tener el apoyo de la oposición? Evidentemente que la escasa mayoría no legitima mayormente la decisión.<sup>44</sup>

5. Por otra parte, podría pensarse en que la regla de supermayoría hace mejorar la calidad de las decisiones legislativas. Definir cuándo una ley tiene calidad es una cuestión de mérito, salvo que esa calidad diga relación con la coherencia de dicha norma con la Constitución, en cuyo caso volvemos al argumento sostenido en el punto N° 2. Si se sostiene que la "calidad" es algo relativo al mérito, entonces debe necesariamente aceptarse que se está eligiendo una opción por sobre otras, las que quedan excluidas. Este argumento tiene tres problemas: en primer lugar, la dificultad y relatividad de determinar lo que es mejor; en segundo lugar, el hecho de que muchas veces las mayorías (aun calificadas) pueden estar igualmente equivocadas (ejemplos sobran, pero todos dependen de las visiones personales); y en tercer lugar, este argumento no me parece coherente con el principio democrático. Esto último se debe a que vivir en democracia supone la posibilidad de elegir opciones legislativas que puedan resultar negativas o reprochables, así como supone la posibilidad de elegir un mal Presidente de la República, un mal diputado, y un mal alcalde.

### **III.1. Una importante precisión previa: Las LOC como parte de la Constitución material**

En la doctrina de las Constituciones escritas (y no consuetudinarias) se suele diferenciar una CPR formal de una material. La CPR formal es aquel conjunto de expresiones jurídicas contenidas en el documento que se autodenomina Constitución, mientras que la CPR material es aquella cuyo contenido, independientemente de si se encuentra o no en el texto expreso, corresponde a un conjunto de preceptos provenientes del constitucionalismo y de la idea de lo que una Constitución debe regular.<sup>45-46</sup> Como puede apreciarse, materialmente

<sup>44</sup> En apoyo de lo que sostengo, y en la visión ya anunciada de Friedrich: "En las decisiones graves y fundamentales no se puede uno contentar con una escasa mayoría, sino que hay que exigir entonces una mayoría de dos tercios, tres cuartos e incluso por unanimidad, ya que sólo por mayorías así calificadas se tiene la seguridad de obtener una verdadera legitimidad". FRIEDRICH (1960) p. 99.

<sup>45</sup> "Una Constitución en sentido material es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos. En el sentido formal, es el documento legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se le puede atribuir valor más que si se observa en la realidad, puesto que tener una espléndida Constitución (en tal sentido formal) está al alcance de cualquiera (...)" PEREIRA MENAUT (1998) pp. 22-23.

<sup>46</sup> Para Hans Kelsen, "Por Constitución en sentido material se entiende aquellas normas que se refieren

la Constitución responde a un contenido valórico,<sup>47</sup> pero formalmente (y en la práctica) la Constitución consiste en aquello que el constituyente originario (y derivado, en su caso) decide regular de acuerdo a los criterios que estime convenientes. Así, es normal que se dejen ciertos contenidos constitucionales sin regular (o cuya regulación queda entregada por la CPR formal a normas complementarias de rango inferior),<sup>48</sup> o que se regulen aspectos que no son propiamente constitucionales.<sup>49</sup> Formalmente, dichos contenidos pueden ser parte de la CPR aunque materialmente no lo sean, lo que tiene una incidencia enorme en el rango normativo que se le otorga al mismo y en las garantías que de ello se desprenden.

Si aceptamos que la CPR debe regular ciertos aspectos básicos, aun cuando formalmente no lo haga, entonces también aceptamos que existen ciertas normas

---

a los órganos superiores (Constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (Constitución en sentido amplio)". Citado por SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 92.

<sup>47</sup> Útil resulta citar la tesis de Loewenstein, para quien la CPR comprende: mecanismos para evitar concentración de poder y separación de funciones; mecanismos de cooperación entre los diversos poderes y para evitar bloqueos entre ellos, la forma de reformar la CPR, reconocer y proteger los derechos y libertades fundamentales. Citado por PEREIRA MENAUT (1998) p. 38. Cabe señalar que la protección de los derechos fundamentales no es necesariamente una materia que deba ser regulada en la CPR. En efecto, en el Federalista se ve con mayor importancia la regulación de los arreglos institucionales que permitan limitar el ejercicio del poder (para proteger los derechos, finalmente), siendo el reconocimiento de los derechos algo innecesario e incluso peligroso. En este sentido, véase a GARCÍA (2007).

<sup>48</sup> Podría perfectamente pensarse que algunas normas del Código Civil forman parte de la CPR material, como la que define la ley, o las que reglamentan la promulgación y la publicación, entre otras. Fuera del Código Civil, fácil es advertir que la presunción de inocencia, reconocida en el Código Procesal Penal (art. 4°) y en la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamado Pacto de San José de Costa Rica (art. 8, N° 2) ya forma parte de la Constitución material, aun cuando formalmente no esté reconocida (la CPR sólo garantiza la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal en el art. 19, N° 3). Asimismo, podría discutirse si ciertos aspectos del sistema electoral deberían estar (de hecho, muchas han estado) reguladas en la CPR. Recuérdese que cuando se eliminó el sistema mayoritario binominal para la elección de parlamentarios, mediante la Ley 20.050, de 2005, se introdujo la disposición XIII transitoria, mediante la cual "las modificaciones (...) que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio". En la práctica, se mantuvo la misma rigidez constitucional a una norma de rango legal, por cuanto la CPR formal, en ese capítulo del Congreso Nacional, se modifica con el mismo quórum y dificultad. De esta manera, a mi parecer, el sistema binominal sigue siendo parte de la CPR material, pese a que se le haya bajado el rango normativo formal. Otro ejemplo de CPR material, derivado de su importancia para el presidencialismo chileno, es la regulación de las urgencias legislativas en la LOC del Congreso Nacional, que desarrolla un breve precepto constitucional (art. 74).

<sup>49</sup> Por ejemplo, a mi juicio, no forma parte de la CPR material la regulación del Consejo de Seguridad Nacional, sobre todo después de la reforma de la Ley 20.050, de 2005, que transformó a éste en un órgano casi consultivo. De hecho, un importante autor es partidario de eliminarlo derechamente: "no se divisa la razón constitucional para mantener la vigencia del Capítulo XI (texto refundido, Capítulo XII)". CRUZ-COKE (2005) p. 41 (material suplementario de actualización). También podrían citarse como ejemplos de normas de la CPR formal que no son parte de la CPR material: el capítulo del Ministerio Público, el art. 22 (titulado genéricamente por la doctrina, "de los deberes constitucionales") y 23, la regulación tan extensiva de la propiedad minera (art. 19, N° 24), entre otras. Tal vez el constituyente es juicioso y las razones para elevar a rango de CPR formal estas materias sean buenas. Mi punto solamente dice relación con el esclarecimiento de las materias básicas que no pueden faltar.

o principios provenientes de fuentes del Derecho diversas (que en el texto no aparecen como CPR formal), pero que forman parte de esa CPR material. Así, la diferencia práctica-jurídica entre una y otra radica no en las materias que se regulan, sino en que la primera está protegida (a lo menos desde la perspectiva positiva) por el principio de supremacía constitucional, mientras que la segunda no. No obstante, si se admite que existen normas de jerarquía formalmente inferior, pero que forman parte de la CPR material, aun no siendo suprema, me parece que los mismos argumentos que justifican la rigidez constitucional formal –ya expresados en este trabajo– serían válidos para defender la rigidez de aquellas normas que regulan materias propias de CPR material.

Así, la defensa de la rigidez de las LOC se hace fácil en aquellos casos en que estas regulan materias propias de la CPR material.<sup>50</sup> Si en nuestro sistema constitucional la rigidez de la CPR se expresa en la existencia de altos quórum (y en la posibilidad de que exista un plebiscito eventual),<sup>51</sup> ¿por qué no puede aceptarse entonces una rigidez supermayoritaria en normas que regulan materias de similar naturaleza?<sup>52</sup>

Este argumento sólo es sostenible en aquellas LOC que puedan ser insertadas dentro del concepto de CPR material, por lo que no puede ser utilizado para las otras. La regla de supermayoría debe buscar otras razones que sostengan aquellas LOC que quepan dentro de esta categoría. Así, la idea de este apartado es sacar del debate la conveniencia de que existan partes de la CPR material dentro de reglas de supermayorías legislativas, ya que la conveniencia de las LOC, en este caso, resulta evidente.

#### **IV. Argumentos contrarios a la regla de supermayoría legislativa y su refutación**

Todas las críticas revisadas, de algún modo u otro, se basan en el supuesto carácter antidemocrático de las LOC. Por esta misma razón, se hace necesario

<sup>50</sup> Lo mismo podría sostenerse, lógicamente, a la inversa. Ese es el centro de la argumentación de José León, quien cuestiona la rigidez de ciertos capítulos de la CPR, considerando que ellos no necesariamente forman parte de lo que llama "núcleo esencial de la Constitución". LEÓN (2007) p. 55. Coincidentemente, los argumentos que da este autor para sostener el carácter antidemocrático de la rigidez constitucional en dichos capítulos, son los mismos que han formulado para decir que ciertas materias no deberían tener una rigidez superlegislativa, en relación a las LOC.

<sup>51</sup> Cabe recordar que la etapa del Congreso Pleno se encuentra derogada, desde la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de 2005.

<sup>52</sup> En caso de que exista una visión contraria a la que sostengo, se estaría defendiendo una visión flexible de las Constituciones. Ello lleva el debate a otro terreno, del cual no me haré cargo por un problema de espacio. No obstante, debo advertir que, en lo personal, soy partidario de la rigidez constitucional, y me parece que esta ha triunfado mayoritariamente en los sistemas constitucionales desarrollados del mundo.

hacerse cargo del argumento general de la democracia, para luego entrar a tratar las razones específicas. Los contraargumentos a las LOC pueden resumirse así: 1. Las LOC son (supuestamente) contrarias a la democracia; 2. La supermayoría exigida a las LOC altera el principio “un hombre, un voto”; 3. Crítica relativa a las materias, formulada por Fernando Muñoz; 4. El sistema de supermayorías de las LOC supuestamente no funciona correctamente en el contexto del sistema electoral binominal; 5. Las LOC bloquean el proceso legislativo e impiden el desarrollo del país.

### **1. Las LOC son –supuestamente– contrarias a la democracia.**

La veracidad de este argumento dependerá del concepto de democracia que uno tenga.<sup>53</sup> Por una parte, si se cree que la democracia consiste en la mera expresión de las mayorías en el gobierno de un Estado, entonces evidentemente todo aquello que altere dicha expresión será contrario a la misma.<sup>54</sup> Sin embargo, me parece que este concepto resulta insuficiente e incompatible con el desarrollo constitucional moderno, fundamentalmente por dos razones:

1.1. En efecto, una democracia consiste no sólo en que las mayorías puedan expresarse, sino también en el respeto por las minorías. Ya en el siglo XVIII Madison estudió los mecanismos más convenientes para impedir la tiranía mayoritaria. Aún cuando este autor no llegó a elaborar reglas de quórum especiales (sus remedios se asociaban a la representación y a la conformación de una República –y no de una “democracia pura”–), su diagnóstico de la política

<sup>53</sup> En las palabras de la propuesta del senador Frei, ya citada, se señala que “En la democracia representativa se supone que debe gobernar la mayoría respetando la participación y los derechos de las minorías. En el Chile de hoy la mayoría gobierna empataada con la minoría”. Por otra parte, también se ha dicho que “Exigir un quórum más elevado que esta mayoría se traduciría, en rigor, en una distorsión de la voluntad popular, ya que de hecho se ha dado el caso de que la mayoría de la ciudadanía aspire a modificar un determinado cuerpo legal, pero no se puede concretar dicho anhelo al no contarse con el quórum dispuesto en el actual orden constitucional”. Moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl).

<sup>54</sup> Este es un concepto de democracia que ha sido defendido fuertemente por Rousseau, quien se escuda en la formación de la “voluntad general”. Vincula a todos aquellos que han suscrito de manera unánime un contrato social anterior. Con este concepto, basado en un carácter absoluto del poder (la voluntad general se confunde con la idea de soberanía), se acepta el absurdo de que las mayorías puedan, si así lo estiman, llegar a asesinar a las minorías. Ello se fundamentaría en que las minorías han aceptado el contrato social anterior que justifica la decisión del asesinato y, por lo tanto, deben obedecer el mandato de la muerte. Por esta misma razón, Rousseau es considerado el padre de la “democracia totalitaria” o de la “tiranía de las mayorías”. Ambos conceptos son evidentemente incompatibles con la idea moderna de democracia constitucional. “Cada cual, al dar su voto, emite su opinión, y del cómputo de ellas se deduce la realidad de la voluntad general. Si prevalece, pues, una opinión contraria a la mía, ello no prueba más sino que yo estaba sencillamente equivocado (...). Después de tal suposición, es evidente que el carácter esencial de la voluntad general está en la pluralidad o mayoría (...).” ROUSSEAU (1983) P. 164. Sin perjuicio de lo anterior, y considerando que Rousseau es un autor lleno de contradicciones (véase a MIRANDA (1990) pp. 220 y ss.), no puede desconocerse el reconocimiento que hace el ginebrino cuando reconoce la conveniencia de utilizar supermayorías, como ya se explicó en su momento.

es útil para fundamentar la importancia de limitar las mayorías.<sup>55</sup> Otro autor importante, Carl Friedrich, dedica un capítulo entero de su libro para demostrar que la democracia no es sólo el gobierno de las mayorías.<sup>56</sup> Por su parte, ya lo decía Hans Kelsen, complementando lo señalado, argumentando sobre lo que denomina el “azar de la aritmética”, por el cual “la mayoría numérica en sí misma nada determina, sino que también cabe, dentro de la plena vigencia del principio de mayoría, el imperio de la minoría numérica sobre la mayoría numérica (...)”.<sup>57</sup> El autor va mucho más allá, y en una inteligente observación desconoce que el mero gobierno de la mayoría pueda ser considerado como democrático, ya que ello conllevaría la desaparición de la minoría y, por consiguiente, mal podría hablarse de mayoría (o de gobierno de mayoría).<sup>58</sup>

Por otra parte, si admitimos la idea de que la democracia es el gobierno de las mayorías con respeto por las minorías, y sujetas al control por parte de estas, entonces debe admitirse que la inclusión representativa de las minorías en los órganos legislativos debe poseer algún efecto. Si dichas minorías ejercen sus funciones sin ninguna posibilidad de causar alguna consecuencia práctica y jurídica (o a lo menos política), entonces perfectamente podríamos preguntarnos qué sentido tiene el tener un Congreso o Parlamento colegiado e inclusivo donde participen de la deliberación legislativa ciertas autoridades que carecen de facultades.

Podría responderse que ellos cumplen una función de control político dentro del Parlamento, lo que es cierto. Sin embargo, una correcta lectura admitirá que el hecho de que las minorías de significativa representación popular puedan bloquear una decisión mayoritaria en ciertos aspectos de especial relevancia, es también parte de su función de control, como se explicará.

---

<sup>55</sup> “Cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés, tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular, es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones”. “El Federalista” N° 10, de James Madison, en HAMILTON, MADISON y JAY (1994) p. 38

<sup>56</sup> Capítulo sexto, titulado “Gobierno de mayoría”, en FRIEDRICH (1960) pp. 93 y ss. El mismo autor cita a Willmore Kendal para dar una definición despectiva del gobierno de mayoría, que me parece muy ilustrativa para los efectos de este trabajo: “En cada grupo que debe tomar un decisión la mitad de sus miembros más uno tiene el derecho de forzar a la otra mitad de los miembros menos uno a aceptar el tipo de política que les conviene apoyar”. FRIEDRICH (1960) p. 97. Por otra parte, me parece útil destacar que este autor denuncia uno de los peligros más importantes a que se sujetan las minorías: el que “se les impida llegar a convertirse en mayoría; en otros términos, que la mayoría aprovecha su posición de poder para impedir esta justificada aspiración”. FRIEDRICH (1960) p. 96.

<sup>57</sup> KELSEN (2002) p. 65.

<sup>58</sup> “(...) una dictadura constante de la mayoría sobre la minoría resulta imposible, porque una minoría privada por completo de influencia renunciaría al fin y al cabo a su intervención, puramente formal y, por consiguiente, inútil e incluso perjudicial en la formación de la voluntad colectiva, despojando así a la mayoría –que por su concepto no puede serlo sin la minoría– de su carácter de tal”. KELSEN (2002) p. 66.

1.2. El legislador y, por consiguiente, los parlamentarios, tienen la obligación de promover el bien común, ya que no escapan al mandato del art. 1° de la CPR.<sup>59</sup> Junto a ello, deben poner en movimiento los principios y valores que la CPR reconoce. Por lo anterior, un concepto de democracia (constitucional) necesariamente requiere de una limitación a la autonomía del legislado,<sup>60</sup> no siendo enteramente libre ni independiente.<sup>61</sup> Dentro de lo anterior, el legislador está limitado por el respeto al pluralismo político, y la existencia de sistemas de control del poder. En este sentido, si bien no podría permitirse que las minorías legislen, perfectamente podría admitirse que impidan decisiones relevantes sobre materias importantes cuando estimen que ellas no las incluyen. Ello es coherente con el concepto de bien común, entendido como la promoción de la realización de “todos y cada uno”, no sólo de las mayorías. Así, el sistema de quórum fortalece la persecución de los valores constitucionales aludidos y permite controlar que los actos legislativos se dirijan hacia el fin del Estado, fortaleciendo el carácter constitucional de la democracia.

1.3. Asumir que el principio mayoritario simple es esencial para la democracia, significa desconocer su verdadera naturaleza. En efecto, “el principio mayoritario no es un valor en sí, sino un procedimiento técnico, que se legitima mediante los límites indicados”.<sup>62</sup> La verdadera naturaleza del principio mayoritario es meramente utilitaria y práctica, ya que –y como se explicará más adelante– el ideal democrático es la unanimidad o, al menos, la toma de decisiones lo más incluyentes posibles.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Esto es un dogma del constitucionalismo liberal. Como un ejemplo entre muchos, John Locke señala que “(...) el poder de la sociedad o legislatura constituida por ellos no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de asegurarse de proteger la propiedad de cada uno (...). Y todo esto no debe estar dirigido a otro fin que no sea el de lograr la paz, la seguridad y el bien del pueblo”. LOCKE (2002) p. 138.

<sup>60</sup> Fernando Muñoz, autor contrario al establecimiento de las LOC, reconoce y concede este punto al señalar que se pueden poner trabas o requisitos exigentes para el actuar y que no nos debemos “espanzar con ello; recordemos que la gran limitación a la democracia es la existencia de una Constitución”. MUÑOZ (2006) p. 122.

<sup>61</sup> Los límites a la función legislativa van mucho más allá de las formulaciones constitucionales modernas. Desde antiguo los padres de nuestro sistema político han elaborado límites. Véase, a modo de ejemplo, a LOCKE (2002) pp. 141 y ss. Dicho texto contiene un capítulo signado con el número 11, titulado “Del alcance del poder legislativo”.

<sup>62</sup> MOLINA (2006) p. 184.

<sup>63</sup> Otro argumento de importancia para rebatir la acusación democrática a las LOC, consiste en señalar que la formulación de quóruns especialmente altos en la deliberación legislativa ha sido muy antigua en el constitucionalismo democrático. De hecho, algunos de los arquitectos de la democracia los concibieron en sus obras, como ya se demostró en las páginas precedentes. Este no es un simple argumento de autoridad, sino también un argumento de coherencia en el diseño institucional que dichos autores proponen.

## 2. La supermayoría exigida a las LOC altera el principio “un hombre, un voto”.

Se ha dicho que las LOC “representan un factor de descontento para la ciudadanía que, viendo que puede conformar mayorías parlamentarias en el Poder Legislativo a través del voto, descubre con posterioridad que su opinión es virtualmente anulada por las exigencias constitucionales respecto a los quórum y que esas mismas exigencias requieren, a su vez, de quórum distintos a los que señala la lógica de que la mayoría absoluta de los ciudadanos representa a la soberanía popular”.<sup>64</sup> Este argumento es producto de una formulación rousseauniana que tiene el objeto de establecer un principio de igualdad entre todos los ciudadanos que participan y concurren en la formación de la voluntad general.<sup>65</sup> Nuestra CPR recoge este principio en el art. 15 al señalar que “En las votaciones populares, el sufragio será (...) igualitario (...)”. No obstante, este principio no implica un necesario traslado de la igualdad en el voto a la representación que este genera. Si se dijera lo contrario, entonces lógicamente se debiera establecer una exacta representatividad entre los sufragios emitidos y el número de escaños obtenidos por el grupo político (mayoría y minoría) respectivo. Lo anterior es imposible: ningún sistema electoral es capaz de proporcionar una representatividad exacta. En efecto, Dieter Nohlen ha probado que es normal la existencia de distorsiones en la representatividad.<sup>66</sup> A mí entender, la ausencia total de distorsiones y la representatividad perfecta sólo puede lograrse en un sistema de democracia directa basado en una asamblea, ya que la realidad implica que siempre existirán grupos cuyo voto no genere un escaño en el Congreso o Parlamento y, por tanto, no serán representados en la deliberación legislativa, sin perjuicio de que existen sistemas más eficaces que otros en este sentido.

Por consiguiente, el carácter igualitario del voto no puede significar una igualdad en la representación. Por lo demás, la representación parlamentaria

<sup>64</sup> Moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl). En un sentido similar, véase también a LEÓN (2007) p. 56.

<sup>65</sup> Este principio “implica que la influencia del voto de todos los electores es igual, y no debe ser diferenciada en razón de propiedad, ingresos, capacidad impositiva, educación, religión, raza, sexo, u orientación política. Se postula bajo este principio de igualdad de sufragio, la igualdad cuantitativa de los votos de los electores (...) es relevante también para la organización de las elecciones, especialmente en el ámbito de la distribución de las circunscripciones electorales. Para que la igualdad cuantitativa de los votos permanezca garantizada, se debe tener cuidado en la distribución de las circunscripciones electorales (...)”. NOHLEN (1994) p. 21. En ninguna parte el autor citado extiende dicha igualdad a los votos de los representantes de los electores en los procesos legislativos, tal vez, como se explicará, porque estos últimos gozan de un mandato representativo donde no existe el deber de instrucción.

<sup>66</sup> “La representación desigual de los sectores sociales (...) es tradicional en casi todos los países”. Más adelante agrega: “La igualdad de votos (...) se logra cuando cada escaño representa la misma cantidad de habitantes en todo el territorio electoral. Sin embargo, hay argumentos políticos considerados como justificados que permiten desviaciones del principio de igualdad”. NOHLEN (1994) p. 48. Luego de ello, el autor da varios ejemplos.

se sustenta en un mandato representativo (y no imperativo), ya que nuestro sistema se basa en el concepto de soberanía nacional desde la Constitución de 1918 (y no popular),<sup>67</sup> por lo que los parlamentarios no tienen el deber de seguir las instrucciones del electorado, sino que los intereses de bien común de la Nación. Esta es la tesis que recoge el art. 5° de la CPR, y por esta misma razón el sufragio es considerado no sólo un derecho político, sino también un deber ciudadano (ver art. 15 de la CPR) y, además, existe el principio de inviolabilidad parlamentaria (ver art. 61 de la CPR).<sup>68</sup>

Así, nuestro sistema no sigue (y nunca lo ha hecho) a Rousseau. Sostener lo contrario significaría caer en el absurdo de que el parlamentario que no ejerce su función de acuerdo a lo que piensan los (o "sus" electores) tendría que ser revocado de su cargo, en circunstancias que nuestra CPR es bastante rigurosa en disponer los casos y circunstancias en que un legislador deba dejar su función.<sup>69</sup> Así, el parlamentario es un representante de la Nación toda, y no de su elector particular.

Si asumimos que no existe el deber de instrucción entre representado y representante, entonces encontramos otra razón que impide trasladar el principio de igualdad a la deliberación legislativa. Por lo demás, probado está por la experiencia que, en la práctica, las leyes (entendidas como la voluntad de mayorías relativas) no siempre son representativas de la voluntad general.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Debe reconocerse que la tendencia contemporánea son las teorías o fórmulas mixtas que, sin caer en los defectos de la soberanía popular, eliminan las críticas que se han formulado a la soberanía nacional (a saber, falta de órgano concreto, posibilidad de sufragio censitario, de ausencia de control y de mecanismos de participación ciudadana directa). De esta manera, por ejemplo, la Constitución francesa de 1958 dispone en su art. 3, inciso 1, que "La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por medio del referéndum". En idéntico sentido, la Constitución española de 1978 dispone en su art. 1.2, que "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Es importante hacer ver que estas formulaciones mixtas excluyen (al igual que la tesis de la soberanía popular) la idea del deber de instrucción y el mandato imperativo, por lo que, aun cuando sea criticada la formulación de la soberanía nacional (lo que se ha hecho recurrente entre ciertos constitucionalistas) deberá admitirse que el argumento que planteo es igualmente válido. Cabe señalar que la formulación mixta fue propuesta por Maritain. Véase CEA (2002) pp. 214-215. Por otra parte, debe señalarse que las características negativas de la concepción clásica de la soberanía nacional "han perdido significado, ya que las Constituciones que sostienen la soberanía nacional o la soberanía popular consideran el sufragio universal; establecen controles de autoridades representativas (...)", etc. Opinión de Humberto Nogueira en VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA (2002) pp. 119-120

<sup>68</sup> En este mismo sentido, el art. 27 de la Constitución francesa dispone que "todo mandato imperativo es nulo"; y el art. 67, inciso 1, de la Constitución española, dispone que "los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo".

<sup>69</sup> "Sólo se avienen con ese carácter del Parlamento (deliberante) representantes que gocen de amplia libertad para discutir y resolver los negocios públicos. Cualquier limitación a esa libertad de los parlamentarios, significa afectar la naturaleza de centro de debates públicos que tiene el Parlamento, de órgano deliberante. El mandato representativo es excluyente del mandato imperativo". MOLINA (2006) p. 167.

<sup>70</sup> "El diputado representa a la Nación, por cuanto concurre individualmente, con su actividad y sufragio a la formación de la voluntad general". Carré de Malberg, citado por MOLINA (2006) p. 166.

Es evidente que todos los votos parlamentarios tienen idéntico valor en la sesión legislativa. Sin embargo, es perfectamente válido que, en la suma de los mismos, un exigente sistema de quórum haga que estos no puedan formar las mayorías suficientes, tal como el sistema electoral ocasiona (necesariamente) ciertas distorsiones en la voluntad popular.<sup>71</sup>

Por lo demás, importante es recordar que el argumento que interpreta erradamente el principio “un hombre, un voto”, no sería sostenible en un contexto de reforma constitucional. Utilizar dicho principio (en esa lectura del mismo) implicaría un absoluto que no admite excepciones, volviendo ilusoria la rigidez de la CPR y, en definitiva, esto significaría romper con la consideración clásica del juez Marshall en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que resolvió el caso *Marbury vs. Madison*, en el sentido de que no admitir la rigidez significa aceptar que la CPR sea modificada por la ley simple (y quórum simple), lo que quebraría las bases de la democracia constitucional moderna.<sup>72</sup>

### 3. Crítica relativa a las materias, formulada por Fernando Muñoz<sup>73</sup>

Este autor se cuestiona las materias que fueron elegidas por el constituyente para revestir de las garantías propias a las LOC. Básicamente dice que la regla de supermayoría sólo se justifica en la medida en que ésta esté diseñada para materias vinculadas a la protección de los derechos fundamentales, los que podrán ser invocados por las minorías para protegerse. Esta es la línea adoptada por el constitucionalismo español. Su contraargumento a la conveniencia de

<sup>71</sup> En efecto, un gran ejemplo propuesto por Friedrich es el de la conocida “ley seca”. En la “célebre legislación antialcohólica en los Estados Unidos (...). Un grupo reducido de fanáticos antialcohólicos logró aquí –aprovechando a fondo todas las ventajas de la *pressure politics* americana– que fuese aceptada esta ley modificadora de la Constitución. Pero en este caso no se logró la mayoría del pueblo norteamericano, ni tan siquiera el 80%, que era condición previa para que esta ley fuese implantada con buenos resultados, ya que al 45-50% de un pueblo no se le puede convertir en criminales por una ley que modifica la Constitución. Los americanos se negaban, pues, a someterse a estas normas legales, desarrollando una serie de prácticas para burlar la ley. Surgieron de este modo increíbles posibilidades de ganancia para ciertas organizaciones de gangsters. Hacia finales del decenio 1920-1930 aumentó este estado anómalo de cosas de tal modo que no hubo otro remedio que abolir la legislación”. FRIEDRICH (1960) p. 101.

<sup>72</sup> La sentencia de 24 de febrero de 1803, redactada por el *chief justice* John Marshall, es tal vez la más importante en la historia del constitucionalismo, y dispone que: “ (...) Es un hecho demasiado evidente como para ser contradicho que o bien la Constitución controla todo acto legislativo que la vulnere o bien el Congreso puede alterar la Constitución por ley simple. Entre estas dos alternativas no cabe una posición intermedia. O bien la Constitución es una ley suprema, superior e inmodificable por los medios comunes, o se encuentra en el mismo nivel que la ley simple y, como otras tales leyes, puede ser modificada cada vez que el Congreso lo desee. Si la primera alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si la segunda alternativa es cierta, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del Pueblo en orden a limitar un poder naturalmente imposible de limitar (...)”. Traducción de BELTRÁN Y GONZÁLEZ (2006) p. 117.

<sup>73</sup> Véase a MUÑOZ (2006).

las LOC, admite que ellas pueden existir con ciertos matices. Muñoz reconoce que las minorías deben ser protegidas respecto de las mayorías, discrepando respecto del mecanismo de protección. A mi parecer, ello no puede ser efectivo mientras no existan los arreglos institucionales que hagan del sistema político un diseño propicio para que dichos derechos no sean menoscabados. Todos los arreglos institucionales derivados de principios, como la separación de funciones –por ejemplo–, tienen finalmente por objeto la protección de los derechos fundamentales. Por esta razón, la parte orgánica también tiene un sentido valórico importante. Así, y usando el mismo criterio propuesto por Muñoz, no es de extrañar que se defiendan las LOC en cuanto regulen materias orgánicas que digan relación con la protección de dichos derechos. Esta misma razón fue utilizada por los constituyentes norteamericanos para no reconocer expresamente en el texto original de la Constitución Federal los derechos fundamentales. Para los federalistas, lo importante era el diseño institucional en cuanto contenido valórico. Así, los derechos fundamentales fueron agregados a la Constitución de los EE.UU. con posterioridad, mediante las diversas enmiendas que han venido después, y que no forman parte del texto original.<sup>74</sup> El profesor Zapata concuerda con lo señalado por Fernando Muñoz, y fortalece la réplica contra la crítica que formulo utilizando el argumento del sistema electoral binominal, como una manera de bloquear a las mayorías.<sup>75</sup> Demostraré los problemas de este argumento en el apartado siguiente.

#### **4. El sistema de supermayorías de las LOC supuestamente no funciona correctamente en el contexto del sistema electoral binominal**

Este argumento indica que el sistema mayoritario binominal de elecciones que rige para la elección de parlamentarios, al sobrerrepresentar a la segunda fuerza política del país, tiende al empate de las dos grandes coaliciones. Por consiguiente, resultaría muy difícil que se produzcan los doblajes necesarios para que las mayorías aprueben leyes basadas en reglas de supermayorías.

4.1. Al señalar que las LOC no funcionan en conjunto con un sistema electoral determinado, se está asumiendo que ellas podrían funcionar en un sistema electoral diferente. De esta manera, no se está atacando directamente a las LOC, sino más bien al sistema electoral. Este raciocinio es suficientemente lógico como para descartar el argumento del que me hago cargo.

4.2. No obstante lo señalado precedentemente, y haciendo presente que no es necesario desde una perspectiva lógica, me haré cargo del argumento sepa-

<sup>74</sup> Véase en este sentido a GARCÍA (2007).

<sup>75</sup> ZAPATA (2008) pp. 402-403.

rando las instituciones (LOC y sistema electoral). Se señala que una LOC sólo sería democrática en la medida que exista un sistema electoral que exprese fielmente las mayorías. De esta manera, se asume como remedio la modificación del sistema electoral. Ahora bien, esta crítica considera una oportunidad distinta a la que corresponde, trasladando el debate a un terreno que es ajeno. En efecto, sostener que el sistema electoral es quien determina la formación de las mayorías políticas en el Congreso, significa sostener que el momento determinante son las elecciones. Sin embargo, el momento determinante en la formación de las mayorías para la aprobación de una LOC tiene lugar con posterioridad, esto es, una vez que se está tramitando el proyecto de LOC respectivo y, en consecuencia, se aleja del momento en que los representantes compiten electoralmente. El momento relevante en la negociación no es el de la elección popular, sino que aquel donde los parlamentarios ya están ejerciendo sus funciones (legislando, votando los proyectos).

Esta refutación de la oportunidad me parece esencial atendido el fin que se persigue con el argumento del sistema electoral. En efecto, si se sostiene que son las elecciones las que determinan la aparición de las mayorías, necesariamente se está persiguiendo que la supermayoría esté construida de antemano, con lo que se niega la posibilidad de acuerdos con las minorías, ya que estos acuerdos no serían necesarios. Así, consecuencia de lo anterior es que el argumento de las elecciones lleve necesariamente a sostener que las mayorías se van a imponer sin necesidad de ir a buscar los votos con la oposición, rompiendo con la lógica y el fin de existencia de la LOC, cual es el control de las minorías ya formadas sobre las mayorías ya elegidas, entre otros.<sup>76</sup>

## **5. Las LOC bloquean el proceso legislativo e impiden el desarrollo del país**

Este contraargumento a la existencia de las LOC se fundamenta básicamente en que las minorías pueden impedir que las mayorías se expresen, retardando

<sup>76</sup> Cabe hacer presente que, para cuestionar la conveniencia de las LOC, y en relación al sistema electoral, también se ha utilizado un argumento de coherencia: "Si para elegir un Presidente de la República se requiere una mayoría del 50 por ciento más uno de los votos, no es coherente que las decisiones del Parlamento tengan que cumplir exigencias mayores, aun en los casos de materias de particular trascendencia como podrían considerarse las propias normas constitucionales, las leyes orgánicas constitucionales o las leyes de quórum calificado". Este argumento fue sostenido en la moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl). Por tratarse de un argumento de coherencia, basta con demostrar las diferencias que justifican la inserción de quóruns diversos para que la armonía que se invoca pierda sustento. En efecto, la elección del Presidente de la República es llevada a cabo directamente por la ciudadanía, en circunstancias que las LOC son votadas por los parlamentarios; no es necesario, como ya lo expliqué, una coherencia exacta entre un resultado electoral y la votación de una ley, menos si se trata de un órgano político que no participa de los quóruns legislativos; el quórum para elegir Presidente de la República también es calificado, al menos en primera vuelta, entre muchas otras razones.

## V. Defensa de la regla de supermayoría

Como ya lo señalé, y atendido que el debate acerca de la conveniencia de tener LOC ya está instalado, me parece necesario reformular la tesis que defiende la existencia de las mismas (al menos en su aspecto de supermayoría) utilizando argumentos frescos que se sumen a los que se suelen invocar de manera tradicional, los que ya han sido expuestos en las páginas anteriores. De esta manera, existen al menos tres razones adicionales para sostener la vigencia y conveniencia de las LOC: 1. Las LOC fortalecen la separación de funciones frente a la partidocracia; 2. Las LOC refuerzan la función de control de las minorías sobre las mayorías; 3. Conveniencia de las decisiones supermayoritarias

### 1. Las LOC fortalecen la separación de funciones frente a la partidocracia

Un principio básico y esencial de toda democracia constitucional moderna es la separación de funciones, que sirve para limitar el ejercicio del poder político y proteger las libertades de las personas. Dicho principio requiere de arreglos institucionales concretos que lo fortalezcan, ya que de lo contrario pasaría a ser una mera declaración de intenciones. Los arreglos institucionales invocados por los autores tradicionales (Locke, Montesquieu, Hamilton, Madison, Jay, Constant, entre otros) no son suficientes en el contexto de un sistema político donde los Partidos adquieren cada vez mayor importancia.<sup>86</sup>

No basta con asignar las funciones a órganos diferentes e independientes entre sí para que la separación de las mismas cumpla con su fin. En efecto, ¿podría considerarse que el Ejecutivo está separado del Legislativo si ambos están capturados por agentes que pertenecen al mismo partido político o coalición de partidos, que siguen las mismas directrices entregadas por las cúpulas partidarias?<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Para el connotado profesor español, Antonio-Carlos Pereira Menaut, "Un factor de gran importancia y que no pudo ser previsto por Locke: los modernos partidos políticos. Si la mayoría del Legislativo pertenece al mismo partido que el Ejecutivo, la separación y el control serán ilusorios. Si, además, el Ejecutivo influye en la composición del Tribunal Constitucional –en los países en que lo hay– por medio del Parlamento, y si el mismo partido controla los principales *mass media* y los sindicatos...". PEREIRA MENAUT (1998) p. 166. Más adelante el mismo autor agrega: "Es innegable que la separación de poderes está en crisis y ha sido sobrepasada por la realidad. Sin embargo, todavía parece menos mala que su ausencia (...). Esta vieja y obsoleta teoría de la separación de poderes es mejor que nada. Aunque las mayorías parlamentarias sean dóciles a los gobiernos, queda todavía la oposición, que –hasta el momento en que a su vez se convierta en dócil mayoría– juega un indiscutible papel. PEREIRA MENAUT (1998) p. 169.

<sup>87</sup> Un importante autor nacional señala en este mismo sentido que: "La división tripartita clásica queda superada porque son los partidos políticos los que en realidad conducen el poder, tanto en el Ejecutivo, como en el Parlamento, puesto que a ellos pertenecen los miembros del gobierno y de las mayorías legislativas. Y es el partido el que coordina la acción de unos y otros, proporciona una ideología, los programas y destaca los nombres de uno y otro. (...) El principio clásico pierde fuerza ante la realidad (...)". MOLINA (2006) p. 188.

En otras palabras: ¿qué independencia puede tener el legislador del Presidente de la República y su Gabinete si éstos últimos tienen mayoría parlamentaria en el Congreso?

La *partitocracia* (gobierno de los partidos políticos) es –a mi modo de ver– un proceso que está en permanente fortalecimiento, e incide en que los Partidos capturen las instituciones políticas haciendo que el poder político sea ejercido de manera horizontal a ellas, restringiendo con el principio de “el poder detiene al poder” y el “*checks and balances*”.<sup>88</sup>

Así, me parece que la exigencia de quórum especiales en la legislatura favorece el hecho de que el Congreso deba actuar como un cuerpo único (o al menos que se acerque a ello), fortaleciéndose frente al Presidente de la República y pudiendo bloquear decisiones político-partidistas transversales a dichos órganos. De esta manera, se hace más costoso que la coalición de Gobierno pueda ejercer el poder rompiendo con la separación orgánica de funciones. Ello es sano para la democracia.

## 2. Las LOC refuerzan la función de control de las minorías sobre las mayorías

Este argumento utiliza como premisa básica el hecho de que la función de las minorías es (además de ser alternativa de Gobierno) controlar el ejercicio del poder de las mayorías, tal como se explicó en páginas precedentes.<sup>89</sup> Previo a tratar esta idea, me parece útil advertir que la tendencia neoconstitucionalista a reconocer los derechos de las minorías y a entregar a los tribunales la función

<sup>88</sup> Algunas muestras del poder creciente de captura de los partidos políticos están representadas por el creciente “cuoteo” en la repartición de los cargos públicos (reconocido públicamente por el actual Ministro de Defensa), los sistemas electorales que dan pocas posibilidades a que los independientes alcancen escaños parlamentarios, la necesidad de la utilización de la “maquinaria partidaria” en las campañas electorales, entre otros. Vergonzosa muestra –a mi juicio– es la reciente reforma constitucional del 2005 (a través de la Ley N° 20.050), en cuanto al reemplazo de los parlamentarios, donde el Partido Político reemplaza el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, quebrando el principio representativo de la Nación contenido en el art. 5° de la CPR. En efecto, el actual art. 51 de la CPR, dispone que las vacantes se proveerán con quien “señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante (...)”, y que los (...) independientes no serán reemplazados”, salvo los que hubieren pertenecido a alguna lista en conjunto con uno o más partidos políticos, los que serán reemplazados por “el ciudadano que señale el partido”.

<sup>89</sup> Este argumento tiene una íntima vinculación con la idea de la democracia como un sistema de expresión de mayorías con respeto y protección a las minorías. No me referiré latamente a este aspecto, ya que el mismo fue desarrollado en este mismo trabajo cuando refuto el argumento de la objeción democrática de las LOC. Cabe recordar, no obstante, las palabras de Friedrich, quien cuestiona el interés público que ilumina las decisiones de la simple mayoría: “cuanto más intensos son los contrastes y cuanto más significativa sea la antítesis política, tanto más probable será que una parte considerable de la mayoría no consulte ni se pregunte por qué *todos* deban desear, sino lo que *ellos mismos* quieren, y a base de este modo de pensar se tomará la decisión”. FRIEDRICH (1960) p. 97.

de proteger dichos derechos o intereses mediante el control constitucional de la decisión mayoritaria (expresada en una ley) no es suficiente como sistema democrático de equilibrio.<sup>90</sup> En efecto, como recuerda Gargarella<sup>91</sup> y, entre nosotros, Fernando Atria, quien sostiene que los tribunales pueden perfectamente adolecer de los mismos vicios que las mayorías,<sup>92</sup> es cuestionable que los tribunales otorguen garantías de protección a las minorías. Sin perjuicio de la lucidez de la denuncia de Atria, su argumento no me convence del todo, ya que si bien es cierto que los tribunales no pueden, por sí solos, ser garantes de la protección de las minorías, existe otro mecanismo institucional para que las minorías se puedan proteger por sí solas sin caer en el vicio de la autotutela: la exigencia supermayoritaria. Si los tribunales no dan garantías de tener un interés en proteger las minorías, como dice Atria, entonces qué mejor que las mismas minorías para darse garantías a sí mismas.<sup>93</sup> Como ya lo dijera Hans Kelsen hace muchos años: “el catálogo de derechos políticos pasa, de protección al individuo contra el Estado, a ser protección para una minoría, para una minoría calificada contra la mayoría simplemente absoluta (...) sólo pueden dictarse normas

<sup>90</sup> En un comienzo, el constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII asumió que sería rol de los tribunales (con poderes de control legislativo a posteriori) el proteger a las minorías, debiendo anular aquellas leyes inconstitucionales que fueran dictadas por mayorías que fueran opresivas con las primeras. Esta es una de las ideas que subyacen en el famoso escrito de Hamilton en “El Federalista” N° 78 (véase HAMILTON, MADISON y JAY (1994) pp. 330 y ss.), y que fundamenta el robustecimiento de los tribunales de justicia frente al legislador.

<sup>91</sup> En este sentido, Roberto Gargarella dice: “(...) puede resultar razonable que el poder judicial, como ‘poder no mayoritario’ (ya que, por el modo de la elección de sus miembros y por la estabilidad en sus cargos, no era esperable que los jueces respondieran ‘obedientemente’ a las mayorías), va a mostrarse especialmente sensible frente a los reclamos de los grupos no mayoritarios –las minorías. De todos modos, cuando reconocemos la pluralidad de grupos sociales hoy existente, y reconocemos también que las mayorías y minorías constituyen, en todo caso, grupos de composición variable (a partir de la formación de coaliciones cambiantes, frente a situaciones diferentes), el presupuesto anterior (según el cual puede esperarse que el poder judicial juegue un papel crucial en la protección de las minorías) también se diluye. ¿Por qué razón habríamos de esperar que el poder judicial (como poder ‘no mayoritario’) se muestre especialmente ‘sensible’ a los reclamos minoritarios (...) amenazados por las apetencias de particulares coaliciones mayoritarias?”. GARGARELLA (1999) p. 16.

<sup>92</sup> Así, el argumento del control constitucional como un freno para los abusos eventuales de las mayorías “falla, por cuanto todo lo que se dice de las mayorías puede también decirse de los tribunales y de los jueces. Así como las mayorías pueden abusar de los derechos que les entrega el sistema democrático, los jueces pueden abusar de los poderes que les entrega el control judicial de constitucionalidad (...). La teoría democrática (...) no puede ofrecer una salvaguardia institucional que elimine el problema: sólo puede desplazarlo a otra sede”. ATRIA (2000) p. 358.

<sup>93</sup> Cabe hacer presente que, no obstante lo señalado, Atria es probablemente uno de los partidarios de eliminar las LOC de nuestro sistema constitucional. No obstante ello, el aporte de Atria es fundamental para el argumento que construyo, ya que desentraña la idea de que no basta con tener tribunales de justicia velando por los derechos de las minorías, llegando incluso a poner ejemplos concretos en que los tribunales han, efectivamente, violado dichos derechos. Véase ATRIA (2000) pp. 372-374.

con el asentimiento de una minoría cualificada y no contra su voluntad, es decir, que solamente son posibles mediante acuerdo entre mayoría y minoría".<sup>94</sup>

Aceptada la idea de que las minorías controlan a las mayorías y por sí, y no sólo a través de tribunales, intentaré demostrar que la utilización de la regla de supermayorías para la aprobación de ciertos proyectos de ley forma parte de esta función de control, lo que justifica la inclusión de la misma en los sistemas democráticos. Ello permite considerar una alternativa adicional a la fiscalización parlamentaria tradicional y al control realizado por los tribunales.<sup>95</sup>

Las minorías gozan, dentro de un sistema de democracia constitucional, de una función elemental de control. Esta función puede ser ejercida mediante dos sistemas de quórum diferentes: En primer lugar, se encuentran aquellas atribuciones que pueden ejercerse con quóruns inferiores a la simple regla de mayoría, los que les permiten actuar aun sin un consenso con la coalición dominante. Esta primera especie de control produce un hacer, un acto positivo desplegado con pocos votos.<sup>96</sup> En segundo lugar, encontramos la regla de quórum supermayoritario, donde las minorías podrán bloquear aquellas decisiones mayoritarias relevantes que estimen inconvenientes, produciendo la necesidad de la coalición gobernante de buscar los acuerdos necesarios para obtener los votos faltantes con un sector (minoritario, ya que la regla de supermayoría no es tan exigente) minoría. Esta segunda especie produce un no hacer del legislador (o un hacer negociado), y a este pertenece la regla de supermayoría que requieren las LOC.

La existencia de las LOC implica que es un costo adicional para que las mayorías puedan aprobar un proyecto. Ese costo se refleja en la necesidad de obtener unos (pocos) votos pertenecientes a parlamentarios de partidos de oposición, debiendo negociar y convencer a estos (pocos) parlamentarios para poder

<sup>94</sup> KELSEN (2002) p. 64.

<sup>95</sup> Debe hacerse presente, eso sí, que las minorías, en uso de la función de control, pueden activar la jurisdicción de los tribunales mediante diversos mecanismos, que se enunciarán más adelante.

<sup>96</sup> A esta especie de control de las minorías pertenecen las siguientes herramientas: 1) Solicitar antecedentes al Gobierno por un tercio de los diputados presentes en la Cámara (art. 52, N° 1, letra a, inc. 2°, de la CPR). 2) Citar a un Ministro de Estado por un tercio de los diputados en ejercicio (art. 52, N° 1, letra b). 3) Crear comisiones investigadoras por dos quintos de los diputados en ejercicio (art. 52, N° 1, letra c). 4) Formular acusaciones constitucionales por no menos de diez y no más de veinte diputados (art. 52, N° 2). 5) Requerir antes de su promulgación, la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional, o de un tratado internacional ante el TC, por una cuarta parte de alguna Cámara legislativa en ejercicio (art. 93, N° 3 de la CPR). 6) Requerir la declaración de un decreto con fuerza de ley al TC por una cuarta parte de alguna Cámara legislativa en ejercicio hasta treinta días después de publicado el mismo (art. 93, N° 4 de la CPR). 7) Solicitar mediante acción pública la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable (art. 93, N° 7 de la CPR). También pueden citarse los casos del art. 93, N° 8, N° 10, N° 13, N° 14 y N° 16.

legislar con éxito en las materias específicas de que se trate. De esta manera, si la negociación o capacidad de persuasión de las mayorías no es capaz de obtener los votos necesarios, el proyecto fracasará. Así, debe entenderse que el poder minoritario de las LOC puede ser visto de dos maneras:

O se considera que las LOC son una forma en que las minorías bloquean las decisiones de las mayorías, o se considera que las LOC son una manera en que las mayorías deben buscar los votos opositores, constituyendo un arreglo institucional que las obliga a moderarse. Si se opta por la primera posición, entonces se asume que las LOC son un elemento perverso que impide la formación de la voluntad democrática legislativa. En cambio, si se elige la segunda alternativa, se considera a las LOC como un diseño institucional de control, por el cual se incentiva la moderación de la coalición mayoritaria incluyendo en su decisión a (al menos una pequeña parte de) la minoría. Me parece útil citar las palabras de Hans Kelsen, quien reconocía que la obstrucción de las minorías a la decisión mayoritaria traía beneficios en términos transaccionales: "la obstrucción ha sido no pocas veces un medio que en lugar de imposibilitar la formación de la voluntad parlamentaria la ha encauzado hacia una transacción entre la mayoría y la minoría".<sup>97</sup>

### 3. Conveniencia de las decisiones supermayoritarias

Dejando de lado la conveniencia por causa de la legitimidad de las decisiones que son adoptadas mediante acuerdos, argumento al que ya recurrí en otra parte de este trabajo, me referiré a la conveniencia de la decisión en sí o, si se quiere, a los incentivos de calidad que la regla de supermayoría incorpora.<sup>98</sup>

Este argumento se estructura sobre tres partes: en primer lugar, aceptando que las mayorías pueden optar por decisiones muy favorables y convenientes, debe señalarse que las condiciones para que ello se pueda dar son difíciles. En segundo lugar, la regla de mayoría simple es un mecanismo instrumental, y no un dogma necesario para la deliberación democrática, ya que el ideal democrático es la unanimidad. En tercer lugar, el establecimiento de una regla de mayoría que sea intermedia entre la unanimidad y la simple mayoría implica

<sup>97</sup> KELSEN (2002) p. 73

<sup>98</sup> Debo hacer presente que, y como ya lo indiqué, optar por un sistema democrático implica asumir que los representantes podrán elegir decisiones equivocadas o inconvenientes. Por eso, y para efectos de este apartado, utilizaré la expresión "conveniente" sólo en un sentido ideal (y probablemente parcial) del término. Lo conveniente es, desde esta perspectiva, aquello que conduce al bien común y que, por consiguiente, no asigna privilegios a favor de ciertos grupos en perjuicio de otros. Así, este argumento de calidad debe entenderse como la generación del "incentivo institucional" que lleva implícita la regla supermayoritaria para no excluir los intereses de grupos minoritarios.

expandir los beneficios políticos que las leyes otorgan a los distintos grupos políticos con representación parlamentaria.

3.1. Como ya se ha reiterado en este trabajo, las decisiones de aspectos relevantes deben estar contenidas en normas cuyo quórum sea cualificado. Sin embargo, se acepta que dichos quórums son excepcionales, relativos sólo para dichos casos. No obstante lo anterior, y considerando que el quórum no es una garantía que asegure las decisiones “buenas” (ninguna decisión democrática lo es *a priori*), puede aceptarse que, mediante un quórum simple es posible llegar a dichas decisiones. No obstante, y reconociendo dicha posibilidad, la misma es muy difícil cuando se trata de decisiones importantes. Friedrich dice que para que ello sea posible se requieren tres condiciones: 1. La política propuesta debe ser realizable o factible; 2. El grupo llamado a tomar la decisión debe ser homogéneo; 3. Las decisiones posibles “no pueden diferenciarse unas de otras a causa de su importancia”.<sup>99</sup> Estas tres condiciones son muy difíciles de lograr y, evidentemente, no corresponden a la realidad política nacional, sobre todo en el segundo punto. El sistema de quórum cualificado se justifica, en este sentido, por cuanto no existe una homogeneidad suficiente en la sociedad chilena. Por lo demás, no estoy convencido de que la homogeneidad sea beneficiosa, ya que la diversidad de ideas hace que estas compitan libremente y mejoren la calidad de la política.

3.2. Ya en el siglo XVII John Locke, padre del liberalismo político, explicaba que la regla de mayoría se usa porque la unanimidad no es siempre factible, reconociendo el carácter instrumental de dicha regla: “Pues si el consenso de la mayoría no fuese recibido como acto de todos, con fuerza para obligar a cada individuo, sólo el consentimiento de todos y cada uno de los individuos en particular podría hacer que algo fuese tomado como decisión del pleno. Mas ese consenso absoluto es casi imposible de obtener, si consideramos que las enfermedades y las ocupaciones siempre entorpecen que todos estén presentes en la asamblea, aunque el número de hombres que la componen sea mucho menor que el de los que componen un Estado. A esta circunstancia habría también que añadir la variedad de opiniones y la contrariedad de intereses que inevitablemente tienen lugar en toda colectividad de hombres”.<sup>100-101</sup>

<sup>99</sup> FRIEDRICH (1960) pp. 99-100.

<sup>100</sup> LOCKE (2002) p. 113.

<sup>101</sup> En el mismo sentido, el profesor Molina señala acertadamente que “En un plano de utopía, podría imaginarse que todas las decisiones se tomarán por unanimidad, dándose lugar de este modo a una identificación de la voluntad estatal y de los gobernados. Pero de hecho, en una sociedad política contemporánea, con libertad real, la unanimidad es prácticamente imposible y como es necesario que el debate de las opiniones tenga un término, pues es preciso adoptar decisiones y hacer posible la función de gobernar, es imperativo acudir al principio mayoritario”. MOLINA (2006) pp. 182-183.

Por su parte, y en un sentido similar Hans Kelsen decía que “la transacción (o los acuerdos entre las mayorías y minorías) es la verdadera aproximación a la unanimidad exigida por la idea de la libertad en la creación del orden social por los sujetos al mismo (...)”.<sup>102</sup> Si se acepta la idea de que las LOC producen (o fuerzan a) las transacciones políticas, entonces el argumento de la unanimidad como ideal a acercarse cobra mucha fuerza.

La aceptación del principio mayoritario como funcional (y no como dogma) al sistema político democrático, acepta que no es el ideal, sino que un mecanismo necesario por causa de factibilidad política. El ideal democrático es que las decisiones sean unánimes, por cuanto todos se verían representados en ellas. Si la unanimidad no es posible, entonces hay que “reducir al mínimo la cantidad de personas que puedan discrepar de la voluntad estatal”.<sup>103</sup>

3.3. Como ya se demostró, la unanimidad es el ideal.<sup>104</sup> En efecto, de acuerdo a la teoría de la elección pública,<sup>105</sup> esta regla es funcional a la provisión de bienes públicos por parte del proceso legislativo, entendiendo como tal un concepto económico donde no existe rivalidad ni exclusión en su obtención. El bien público está al alcance de todos. Siguiendo el criterio de la eficiencia legislativa paretiana, por la cual sólo es eficiente aquella ley que signifique que todos queden en mejor posición o que, al menos, se deje a alguien favorecido sin afectar a nadie, la unanimidad es la única regla de deliberación que permite que todos los parlamentarios se vean beneficiados. Ello es así, ya que si un parlamentario percibe que la decisión será perjudicial para él, entonces podrá bloquear el proyecto de ley por sí solo, impidiendo que la unanimidad se pueda formar.

Ya señalé que la regla de la unanimidad es poco factible. Ahora debo indicar, además, que la unanimidad puede resultar inconveniente, ya que genera un “incentivo (para los parlamentarios) para actuar de manera estratégica u oportunista (*hold out*), amenazando con vetar la legislación propuesta a menos que se le entreguen beneficios adicionales o se reduzcan los costos de adoptar dicha legislación”.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> KELSEN (2002) p. 75.

<sup>103</sup> MOLINA (2006) p. 183. Pese a que comparto las palabras de este autor, debo advertir que en ninguna parte del texto citado se llega a la conclusión de que la admisión de mayorías calificadas es más conveniente que la formación de mayorías simples, que es justamente lo que pretendo demostrar. Sin embargo, creo que sus dichos conducen necesariamente a lo que sostengo. En efecto, más adelante señala que “esto supone que la mayoría no puede transformarse en despótica, que tiene límites que se expresan en el consenso político fundamental, en aquellos acuerdos básicos, esenciales, sobre los que se estructura y funda la sociedad política, y cuya observancia permite que la mayoría no pretenda eliminar la oposición ni esta pretenda segregarse, desintegrar la unidad política” (pp. 183-184).

<sup>104</sup> En esta parte del argumento, sigo principalmente a GARCÍA y SOTO (2009) pp. 66 y ss.

<sup>105</sup> Sobre esta teoría, véase la obra fundamental de BUCHANAN y TULLOCK (1980).

<sup>106</sup> GARCÍA y SOTO (2009) p. 67.

Así, la regla de mayoría reemplaza normalmente a la unanimidad como mecanismo de deliberación legislativa. Sin embargo, dicha regla de mayoría simple no es capaz de garantizar leyes que sean superiores. De hecho, y si consideramos a los políticos como maximizadores de votos que persiguen perpetuarse e incrementar sus cuotas de poder, la mayoría tendrá un fuerte incentivo institucional para quitarle derechos a la minoría política y a aumentarse los propios. Así, por ejemplo, podría imponer la existencia de un sistema electoral que, estima, le favorece, en perjuicio de los intereses opositores.<sup>107</sup> En términos concretos, podría modificarse el mapa de los distritos electorales donde la minoría tiene capacidad para doblar a la mayoría, obteniendo dos escaños en la Cámara de Diputados (lo que ocurre en los distritos Las Condes, Vitacura, Lo Barnechea) para impedir que un pacto político tenga más de un diputado, logrando un escaño adicional para la mayoría. Lo anterior es posible porque existe una tendencia monopolizadora del poder por parte de los políticos (y, por cierto, de los parlamentarios), lo que lleva a una progresiva pérdida de fuerza por parte de la minoría, la que corre el riesgo eventual e hipotético de desaparecer. Si no desaparece, es porque existen los arreglos institucionales dentro del sistema político que le permiten protegerse.

Esta tendencia natural de la política se siente en el momento de aprobar un cambio importante en el sistema político. Esos cambios, en el caso chileno, suelen estar protegidos por una regla de supermayoría, ya sea que impliquen una reforma constitucional o una modificación a una LOC. Estas reglas de supermayoría representan, por lo tanto, verdaderos frenos institucionales a la monopolización del poder por parte de las mayorías. La ventaja de ellos es que entregan a la minoría calificada la capacidad de bloquear una decisión mayoritaria, pudiendo ponderar por sí cuáles aspectos les resultan convenientes y cuáles no. Por esta misma razón, los intereses de dichas minorías estarán mucho mejor representados mediante un sistema de quórum cualificado, que en un tribunal de justicia capacitado para adoptar sentencias contramayoritarias (como ocurre con el control constitucional de la ley adoptada por la mayoría).

Así, y como lo demuestran los autores ya citados, a mayor quórum (o cercanía con la unanimidad) mayor incentivo a proveer bienes públicos para las fuerzas políticas representadas en el Congreso existirá en el proceso legislativo.<sup>108</sup> Ello incide en que las decisiones tenderán a beneficiarlos a todos o, al menos, a un sector superior al de la coalición política dominante.

<sup>107</sup> Por esta misma razón, la regla de mayoría simple ni siquiera es capaz de garantizar una eficiencia en el sentido Kaldor-Hicks (por el cual las ganancias de los ganadores –mayorías– exceden la de los perdedores –minorías–), ya que las mayorías tenderán a tomarse todos los beneficios posibles sin consideración por el perjuicio que causan en otros grupos. GARCÍA y SOTO (2009) p. 70.

<sup>108</sup> GARCÍA y SOTO (2009) pp. 68-69.

## VI. Conclusiones

1. El debate público acerca de la conveniencia de mantener o derogar las LOC ya es una realidad en la esfera política. Ello hace necesario que los constitucionalistas aporten fundamentos que hagan más rica la discusión, desde el mundo académico. Hasta el momento, son pocos los autores nacionales que han estudiado y escrito sobre ello.

2. Las razones tradicionales que justificaron la existencia de las LOC no son las únicas que hoy pueden invocarse. Incluso, varias de ellas presentan problemas, por lo que se hace imperioso que quienes defienden la conveniencia de mantener el sistema de LOC (entre quienes me cuento) hagan más sofisticados sus argumentos.

3. Las críticas a las LOC, en general, pasan por una objeción democrática. Dicha objeción admite diversas variantes, todas las cuales son refutables. Sin embargo, es necesario separar del debate ciertos elementos, tales como el argumento de sistema electoral y el del supuesto "pecado de origen" de algunas de ellas, entre otros. Todos estos argumentos se sitúan en un plano ideal que permitiría justificar las LOC en otras circunstancias, por lo que las críticas no van directamente dirigidas a la regla de supermayoría, sino simplemente a dichas circunstancias. Otros contraargumentos que admiten discusión dicen relación con el concepto de democracia y con la utilización de la regla "un hombre, un voto", del cual me hago cargo a lo largo de este trabajo.

4. He probado que, incorporando argumentos frescos al debate, la conveniencia de mantener las LOC resulta evidente. Sin embargo, esta conclusión debe relativizarse en cuanto al análisis casuístico de las materias que el constituyente originario o derivado ha definido como propia de LOC, ya que así como tal vez puedan existir materias que, no siendo propias de este tipo de ley, debieran serlo, también debe aceptarse la hipótesis contraria.

## VII. Bibliografía

### 1. Publicaciones Académicas

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 *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 67-79.

ATRIA, Fernando (2000) *Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha* (27 de mayo de 2008) [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_1081.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1081.html)

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, y GOLZÁLEZ GARCÍA, Julio (2006) *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2° edición) 716 pp.

BUCHANAN, James, TULLOCK, Gordon (1980) *El Cálculo del Consenso. Elementos lógicos de la democracia constitucional* (Madrid, Centro de Estudios y Comunicación Económica) 394 pp.

BUCHHEISTER ROSAS, Axel, SOTO VELASCO, Sebastián (2005) "Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32) (N° 2) pp. 253-275.

BULNES ALDUNATE, Luz (1984) "La Ley Orgánica Constitucional", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 11), pp. 227-239.

CEA EGAÑA, José Luis (2002) *Derecho Constitucional Chileno, tomo I* (Santiago, Universidad Católica de Chile) 405 pp.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2005) *Manual de Educación Cívica* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 8ª edición) 292 pp.

FRIEDRICH, Carl (1961) *La Democracia como forma política y como forma de vida* (Madrid, Editorial Tecnos S.A.) 201 pp.

GARCÍA, José Francisco (2007) "Tres Aportes Fundamentales de *El Federalista* a la Teoría Constitucional Moderna", *Revista de Derecho* (U. Austral) (vol. XX) (N° 1) pp. 39-59.

GARCÍA, José Francisco, y SOTO, Sebastián (2009) "Una Teoría Económica de la Constitución de 1980: Impacto sobre el proceso legislativo y acción de los grupos de interés", *Buen Gobierno y Corrupción, Algunas Expectativas* (Universidad Católica de Chile) pp. 33-86.

GARGARELLA, Roberto (1999) *Derecho y Grupos Desventajados* (Barcelona, Editorial Gedisa S.A.) 220 pp.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John (2001) *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica, 2° edición) 430 pp.

KELSEN, Hans (2002) *Esencia y Valor de la Democracia* (Granada, Editorial Comares) 136 pp.

LEÓN, José Julio (2007) "La Reforma Constitucional y el Principio Democrático", *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile) (N° 69) (t. II) pp. 45-58.

LOCKE, John (2002) *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Alianza Editorial) 238 pp.

MIRANDA, Carlos (1990) *Rousseau y su Influencia en la configuración de las Ideas Socialistas* (26 de mayo de 2008) [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_993.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_993.html)

MOLINA GUAITA, Hernán (2006) *Instituciones Políticas* (Santiago, LexisNexis, 12ª edición) 385 pp.

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2006) "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia", *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano* (Konrad Adenauer Stiftung) pp. 115-129.

NOHLEN, Dieter (1994) *Sistemas electorales y Partidos Políticos* (Santiago, Universidad Nacional Autónoma de México) 409 pp.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1998) *Teoría Constitucional* (Santiago, Editorial Conosur) 590 pp.

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

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1983) "Las Leyes Orgánicas Constitucionales", *Revista Chilena de Derecho* (Universidad de Chile) (vol. 10) pp. 39-44.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1983) *El Contrato Social* (Madrid, Altamira S.A.) 208 pp.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, Principios, Estado y Gobierno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 588 pp.

– (2000) *Tratado de Derecho Constitucional, tomo VII, Congreso Nacional, la función legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 361 pp.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002) *Derecho Constitucional, tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 375 pp.

– (1999) *Derecho Constitucional, tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 440 pp.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008) *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 623 pp.

## 2. Sentencias del Tribunal Constitucional Chileno citadas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 26 de noviembre de 1981, rol N° 4.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 22 de diciembre de 1981, rol N° 7.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 27 de abril de 1997, rol N° 255.

### 3. Normas nacionales y extranjeras citadas

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Reglamento del Senado de los EE.UU. (25 de mayo de 2009).

[http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule\\_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522](http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522)

Constitución de Ecuador de 2008 (25 de mayo de 2009).

[http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (25 de mayo de 2009) <http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf>

Constitución de Bélgica de 1994 (25 de mayo de 2009).

[http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html)

Constitución Política del Perú de 1993 (25 de mayo de 2009).

<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Constitución Política de Colombia de 1991 (25 de mayo de 2009).

<http://www.cna.gov.co/cont/documentos/legislacion/constitucion.pdf>

Constitución Nacional de Argentina modificada en 1994 (25 de mayo de 2009).

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/leyes.php>

Constitución de Portugal de 1976 (25 de mayo de 2009).

[http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/)

Constitución Española de 1978 (25 de mayo de 2009).

<http://www.constitucion.es/>

Constitución Francesa de 1958, modificada el de 23 de julio de 2008 (25 de mayo de 2009).

<http://www.senat.fr/lng/es/constitution.html>

### 4. Otros

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) *Estadísticas de la Actividad Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el año 2008*, 8 pp.

Moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07 (2 de junio de 2009). [www.senado.cl](http://www.senado.cl).

Propuesta del senador Frei: Constitución del Bicentenario (2 de junio de 2009).

<http://www.efrei.cl/site/2008/12/la-constitucion-del-bicentenario-resumen-ejecutivo/>



# La libertad de expresión en el derecho norteamericano

**Raúl F. Campusano Droguett**

Master en Derecho

UNIVERSIDAD LEIDEN, HOLANDA

Master of Arts

UNIVERSIDAD NOTRE DAME, USA

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**José Manuel Astudillo Sepúlveda**

Magíster en Derecho con mención en

Contratación Comparada e Internacional (C),

UNIVERSIDAD DE CHILE

*It does me no injury for my neighbor to say there are twenty gods, or no god.*

*It neither picks my pocket nor breaks my leg.*

Thomas Jefferson

## 1. Introducción

El 17 de mayo de 2009 el Presidente Obama dio el discurso de inauguración del año académico de la Universidad de Notre Dame. Esta es una tradición de la prestigiosa universidad católica de los Estados Unidos que este año adquirió ribetes especiales ante una petición escrita, firmada por miles de estadounidenses, pidiéndole al Presidente de la Universidad, reverendo John Jenkins, que retirara la invitación sobre la base que no era aceptable que una universidad católica invitara a dar la conferencia inaugural del año académico a una persona que era partidaria del aborto.<sup>1</sup>

Siendo la posición de la iglesia católica el rechazo al aborto, la petición buscaba generar un hecho político ante el retiro de la invitación. Sin embargo, las

---

<sup>1</sup> Patrick Reilly, presidente de la asociación "Cardenal Newman" explicó en los siguientes términos las razones para oponerse a la presencia del presidente Obama en la inauguración del año académico en Notre Dame: "His abortion stance, his views on stem cell research, his threat to remove conscience protections for Catholic health care workers and his support of the Freedom of Choice Act (proposed legislation that would prevent local governments from interfering with a woman's right to choose) would essentially nullify pro-life protections that have been legislated".

autoridades de Notre Dame no retiraron la invitación y la inauguración tuvo lugar de acuerdo con lo planificado.<sup>2</sup> El evento estuvo marcado no solo por la polémica alrededor de la petición, sino también por varias interrupciones al discurso inaugural realizadas por estudiantes católicos “pro vida” y la presencia de grupos simpatizantes a este movimiento en los alrededores de la universidad.

El presidente Obama sabía que su discurso sería interrumpido y que habría manifestaciones en su contra.<sup>3</sup> Las autoridades de la universidad, todos ellos católicos observantes, sabían la posición frente al aborto del presidente Obama y aun así perseveraron en la invitación. Más interesante aún, los promotores de la petición se estaban claramente manifestando en contra de la primera autoridad del país, y lo hacían en términos claros e inequívocos. Y el discurso se llevó a cabo, entre aplausos y pifias. ¿Por qué? Para entender estos eventos de manera adecuada pareciera necesario observar la forma en que los ciudadanos norteamericanos entienden y practican, todos ellos (el Presidente, el Rector, la organización católica de peticionarios, los estudiantes, y la sociedad en general), su derecho a la libre expresión.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> John I. Jenkins no encontró razones para acceder a la petición de retiro de la invitación al presidente Obama, a quien llamó “an inspiring leader who is courageously grappling with the huge challenges confronting the country”. También lo llamó un “healer who has spoken eloquently and movingly about race in this nation”. Finalmente, argumentó que “the invitation to President Obama to be our commencement speaker should not be taken as condoning or endorsing his positions on specific issues regarding the protection of human life, including abortion and embryonic stem cell research, yet, we see his visit as a basis for further positive engagement”.

<sup>3</sup> En su discurso, el presidente Obama no ocultó ni relativizó su posición frente al aborto, pero evitó ser confrontacional y situó el tema en el plano de los legítimos debates dentro de una sociedad libre y plural: “The question, then –the question then is how do we work through these conflicts? Is it possible for us to join hands in common effort? As citizens of a vibrant and varied democracy, how do we engage in vigorous debate? How does each of us remain firm in our principles, and fight for what we consider right, without, as Father John said, demonizing those with just as strongly held convictions on the other side? And of course, nowhere do these questions come up more powerfully than on the issue of abortion. As I considered the controversy surrounding my visit here, I was reminded of an encounter I had during my Senate campaign, one that I describe in a book I wrote called “The Audacity of Hope”. A few days after I won the Democratic nomination, I received an e-mail from a doctor who told me that while he voted for me in the Illinois primary, he had a serious concern that might prevent him from voting for me in the general election. He described himself as a Christian who was strongly pro-life- but that was not what was preventing him potentially from voting for me”.

<sup>4</sup> Frente a un tema importante y de profundo desacuerdo en la sociedad estadounidense, el Presidente Obama habla como Presidente de todos los ciudadanos de ese país, haciéndose cargo del debate y buscando puntos de encuentro al tiempo de reconocer que existen amplios espacios de desacuerdo. Tal vez, el argumento más interesante se encuentra al final de este párrafo, al decir que todo esto es posible sin reducir la posición del otro a una caricatura: That’s when we begin to say, “Maybe we won’t agree on abortion, but we can still agree that this heart-wrenching decision for any woman is not made casually, it has both moral and spiritual dimensions. So let us work together to reduce the number of women seeking abortions, let’s reduce unintended pregnancies. Let’s make adoption more available. Let’s provide care and support for women who do carry their children to term. Let’s honor the conscience of those who disagree with abortion, and draft a sensible conscience clause, and make sure that all of our health care policies are grounded not only in sound science, but also in clear ethics, as well as respect for the equality of women”. Those are things we can do. Now, understand -unders

En este artículo buscamos presentar los elementos centrales de la institución de la libertad de expresión, tal vez la enmienda más importante de la Constitución de los Estados Unidos, o al menos aquella que más interés suscita entre sus ciudadanos y que ha generado parte de la jurisprudencia más iluminadora para Estados Unidos y para el mundo de lo que significa vivir en una sociedad libre.

## 2. La enmienda constitucional

Si bien inicialmente la Constitución de los Estados Unidos de América no contaba con un listado de los derechos y garantías fundamentales que los ciudadanos tendrían frente al Estado, durante el proceso de ratificación de dicho texto constitucional se demandó la inclusión de una Carta de Derechos, cuya incorporación se acordó se hiciera mediante un conjunto de diez enmiendas,<sup>5</sup> la primera de las cuales establece:

*“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people to peaceably assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.*

Ahora bien, en lo que respecta a las razones que se tuvieron en consideración para consagrar la referida garantía, es necesario tomar en cuenta que “la introducción de la imprenta por Gutenberg en el siglo quince marcó el inicio de una nueva era [en la que] por primera vez en la historia, reproducir la palabra impresa se volvió fácil y, como consecuencia, libros y periódicos pronto empezaron a florecer”.<sup>6</sup>

Lo anterior conllevó también que la autoridad se preocupara aun más por el tipo de información que se intercambiaba, particularmente cuando ésta atentaba contra sus intereses. Con el fin de mantener cierto grado de vigilancia respecto al contenido de la información, los gobiernos hicieron uso, por una parte, de un mecanismo de control *a priori*, que consistía en un sistema de licencias cuya obtención autorizaba la publicación de un determinado material;

---

tand, Class of 2009, I do not suggest that the debate surrounding abortion can or should go away. Because no matter how much we may want to fudge it -indeed, while we know that the views of most Americans on the subject are complex and even contradictory- the fact is that at some level, the views of the two camps are irreconcilable. Each side will continue to make its case to the public with passion and conviction. But surely we can do so without reducing those with differing views to caricature”.

<sup>5</sup> Ver BURNHAM (2006) p. 3.

<sup>6</sup> ZECCHINO (1999) p. 983.

y por otra parte, se hizo uso de medios de control *a posteriori* consistentes en la tipificación penal de figuras como el *sedition libel*, las cuales estaban dirigidas a sancionar “expresiones que pudiesen resultar ofensivas a la autoridad”<sup>7</sup> (y de paso actuar preventivamente disuadiendo a los ciudadanos que tuviesen la intención de criticar a la misma).

Además de las razones históricas señaladas en el párrafo precedente, existen variadas teorías que pretenden explicar las razones por las cuales se justifica la protección de la libertad de expresión en el catálogo de garantías fundamentales. Una de estas teorías es aquella según la cual la libertad de expresión es necesaria para permitir el libre intercambio de opiniones en el mercado de las ideas.

Parte de esta teoría se explica de forma articulada en la opinión disidente de *Mr. Justice Holmes* en *Abrams v. United States*<sup>8-9</sup>, quien señala que “[con el tiempo los hombres] han llegado a creer, más que lo que creen en los cimientos de sus propias conductas, que el último bien deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de ideas, que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la cual sus deseos pueden ser realizados de forma segura. Lo anterior es la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como todo en la vida, y mientras ese experimento es parte de nuestro sistema, yo pienso que debemos estar eternamente vigilantes contra intentos de revisar la expresión de opiniones que odiamos y creemos están llenas de muerte, a menos que inminentemente amenacen interferir con los propósitos legales y urgentes del ordenamiento jurídico, de forma que una revisión inmediata se requiera para salvar al país”. De lo expresado, además de la idea de un mercado ficticio en el cual compiten las opiniones, se abriga la idea de que aquella opinión que prevalece en la contienda consiste en la verdad.

Este postulado ha sido muy criticado por cuanto, “el juicio humano [...] puede estar errado, al estar sujeto a emociones, prejuicios o intereses personales”,<sup>10</sup> además de “mantenerse siempre incompleto y sujeto a mayor extensión, refina-

<sup>7</sup> BOGEN (1983) p. 443.

<sup>8</sup> 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, dissenting).

<sup>9</sup> En este caso Jacob Abrams y otros fueron condenados por conspirar para violar la *Espionage Act* al publicar y distribuir una serie de panfletos ofensivos de la forma de gobierno de los Estados Unidos, que alentaban la resistencia a la participación de este país en la guerra contra Alemania, e incitaban boicots a la producción para afectar la prosecución de la guerra, entre otros. Al término de la opinión disidente transcrita, *Mr. Justice Holmes* señaló: “Lamento no poder poner en palabras más elocuentes mi creencia que en la condena de [Mr. Abrams *et al.*], ellos fueron privados de sus derechos bajo la Constitución de los Estados Unidos”.

<sup>10</sup> EMERSON (1963) p. 881.

miento, rechazo o modificación”. Por otra parte, algunos plantean que asumir una analogía al mercado también implica aceptar que en los mercados reales la regulación permite que “productos de consumo peligroso sean prohibidos en el mercado real, [y que por tanto, no existiría razón para no prohibir] ideas peligrosas –como el odio racial y el genocidio– en el mercado de las ideas”.<sup>11</sup> En este orden de ideas, es interesante analizar como la jurisprudencia ha abordado el tema de las *fighting words*, expresiones “que por su naturaleza y odiosidad infligen daño o tienden a llevar a un rompimiento de la paz inmediato”.<sup>12</sup>

En *Chaplinsky v. New Hampshire*<sup>13 14</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que “[h]ay ciertos casos de palabras [–como las *fighting words*–] cuyo castigo y prevención nunca ha presentado problemas constitucionales [...] [observándose] que estas palabras no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y de un valor social tan bajo como paso a la verdad que cualquier beneficio que de ellas se pueda derivar, es claramente menos importante que el interés social en el orden y la moral”. Sin embargo, lo anterior plantea la cuestión de si lo que se protege son las ideas en general o sólo las ideas con algún contenido “explícitamente político”.<sup>15</sup>

### 3. Teoría de la válvula de seguridad

Otra de las teorías que han sido recogidas por la doctrina es aquella que, a partir de los efectos que produce la libertad de expresión, justifica la misma al considerar que ésta actúa como una válvula de seguridad en la sociedad. Lo anterior importa que, al permitirse a las personas manifestar sus opiniones, de alguna forma se estará liberando la presión social.

Ello queda ilustrado en el caso de *Whitney v. California*,<sup>16</sup> caso que si bien fue revocado por precedentes posteriores, señala en uno de sus votos concurrentes que “[e]l orden no puede ser asegurado mediante el miedo al castigo por su infracción; eso es peligroso, pues desalienta el pensamiento, la esperanza e imaginación; ese miedo engendra represión; esa represión engendra odio; ese odio amenaza un gobierno estable[.] [Por tanto] el camino a la seguridad reside en la oportunidad para discutir libremente supuestos agravios y propuestas

<sup>11</sup> BURNHAM (2006) p. 361.

<sup>12</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571 (1942).

<sup>13</sup> Íd.

<sup>14</sup> En el caso en cuestión, Walter Chaplinsky fue condenado por violar normativa del Estado de New Hampshire (que prohibía dirigir palabras ofensivas a otras personas que se encontrasen legalmente en espacios públicos) cuando profirió insultos de palabra en contra de un agente estatal.

<sup>15</sup> BORK (1971) p. 20.

<sup>16</sup> 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, concurring).

reparaciones; y que la reparación que mejor sienta para malos consejos son buenos [consejos]”.

Reafirmando las ventajas de esta teoría, Emerson señala que, “[e]n primer lugar, la supresión de la discusión hace imposible el juicio racional. En efecto sustituye la fuerza por la lógica. Más aún, [...] la supresión promueve la inflexibilidad y el absurdo, previniendo a la sociedad de ajustarse a las circunstancias cambiantes o de desarrollar nuevas ideas. [...] [La] supresión de la expresión esconde los verdaderos problemas que enfrenta la sociedad y desvía la atención pública de los asuntos críticos. [En pocas palabras] la supresión de la oposición puede bien significar que cuando el cambio sea finalmente introducido en la comunidad, vendrá en una forma más violenta y radical”.<sup>17</sup> A pesar de lo señalado, lo anterior lleva a preguntarse cómo actúa esta teoría en aquellos casos en los cuales un grupo, al manifestar su opinión, aboga públicamente por la ejecución de una acción contraria al ordenamiento jurídico.

A este respecto, la Corte Suprema en *Brandenburg v. Ohio*<sup>18-19</sup>, señaló que “[l]a línea entre lo que es permitido y no sujeto a control, y lo que no es permitido y sujeto a regulación, es la línea entre ideas y abiertamente actos. Un ejemplo usualmente dado por quienes castigarían la expresión es el caso de quien falsamente grita incendio en un teatro lleno de gente. [...] Aparte de casos únicos como éste, la expresión es, yo pienso, inmune de ser criminalmente perseguida”.<sup>20</sup> Por tanto, se concluye por gran parte de la doctrina que la sociedad retiene su interés en mantener el orden público, pudiendo intervenir a través de la autoridad sólo cuando el acto de abogar por una acción ilegal sea dirigido a incitar o producir una acción ilegal inminente y sea probable que incite o produzca dicha acción. Sin perjuicio de lo señalado, esta teoría genera polémicas cuando en el uso de la libertad de expresión se manifiestan o cultivan ideas y opiniones que se enmarcan en algún estándar de discriminación, particularmente cuando aquellas no logran ser calificadas como *fighting words*.

<sup>17</sup> EMERSON (1963) p. 884.

<sup>18</sup> 395 U.S. 444, 457 (1967) (Black, concurring)

<sup>19</sup> En *Brandenburg* se revocó la sentencia que condenaba a un miembro del Ku-Klux-Klan que, ante un pequeño grupo de simpatizantes, manifestaba la posibilidad de tomar venganza en contra del Presidente y el Congreso, entre otros, por la implementación de políticas a las cuales dicho grupo se oponía.

<sup>20</sup> *Mr. Justice Black* va más allá de la doctrina más aceptada al señalar: “No veo lugar en el régimen de la Primera Enmienda, para ningún test de [‘peligro inminente’], sea estricto y ajustado [...] o [abierto]. Cuando uno lee de cerca las opiniones y ve cuándo y cómo el test de [‘peligro inminente’] ha sido aplicado, grandes dudas se levantan”. De los casos citados, ver respecto a este último punto *Abrams v. United States* y *Whitney v. California*.

#### 4. Teoría de la satisfacción personal

En tercer lugar se cita la teoría de la satisfacción personal. Ella “deriva de la premisa ampliamente aceptada en el pensamiento occidental que el fin propio del hombre es la realización de su carácter y potencialidades como ser humano”.<sup>21</sup> Agrega Emerson que “cada hombre en el desarrollo de su propia personalidad tiene el derecho de formar sus propias creencias y opiniones [así como también tiene] el derecho de expresarlas [...]. Por lo tanto, la supresión de creencias, opiniones y expresiones es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de [su] naturaleza esencial”.

La teoría expuesta en el párrafo precedente se encuentra en directa relación con la cuarta justificación que se da para consagrar la libertad de expresión en la parte dogmática de la Constitución de los Estados Unidos y dice relación con la mantención de un proceso democrático. En este orden de ideas, tanto en un concepto formal de democracia<sup>22</sup> como en uno material, la libertad de expresión tiene un lugar privilegiado. En este sentido, “es a través del proceso político que la mayoría de las decisiones inmediatas sobre la sobrevivencia, el bienestar y el progreso de una sociedad son hechas.

Es aquí donde el Estado tiene un incentivo especial para suprimir la oposición, [pasando a ser la libertad de expresión] una condición necesaria para asegurar la libertad en otras áreas”.<sup>23</sup> Ahora bien, al referirnos a la teoría del mercado de las ideas señalamos la crítica planteada de que, al parecer, lo único protegido eran los contenidos explícitamente políticos, pues bien, en este contexto, podemos decir que la teoría del proceso democrático va más allá de la arena política en un sentido restringido, abriga también “el derecho a participar en la construcción de toda la cultura, e incluye la libertad de expresión en la religión, literatura, arte, ciencia y todas las áreas del aprendizaje y conocimiento humanos”<sup>24</sup> acercándose en este punto al concepto material de democracia.

Un ejemplo claro de la aplicación de esta doctrina se encuentra en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Hustler Magazine v. Falwell*,<sup>25</sup> caso en el cual

<sup>21</sup> EMERSON (1963) p. 879

<sup>22</sup> Ver BOBBIO (1996) p. 26. En este sentido, el autor italiano, al abrazar un concepto de democracia, señala que es “indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc”.

<sup>23</sup> EMERSON (1963) p. 883

<sup>24</sup> Íd.

<sup>25</sup> 485 U.S. 46, 52 (1988)

una figura pública demandó a una revista por calumnias y por infligirle intencionalmente un daño emocional. En el caso citado la Corte falló a favor de la revista señalando que “las falsas declaraciones de hecho son particularmente sin valor; ellas interfieren con la función de buscar la verdad del mercado de las ideas, y ellas causan daño a la reputación de un individuo [...]. Pero, a pesar de [lo anterior], ellas son inevitables en el debate libre y una regla que impusiere una responsabilidad estricta en los editores por declaraciones de hechos falsos tendría sin duda un efecto “congelador” en las expresiones relacionadas con figuras públicas”.<sup>26</sup>

## 5. Principio de la neutralidad

A la luz de las teorías antes expuestas, no se hace difícil entender por qué los principios regulatorios que rigen la actuación del Estado en materia de libertad de expresión son la neutralidad de contenido y punto de vista.<sup>27</sup> Lo anterior implica que el Estado, con el fin de regular, debe demostrar la existencia de un *compelling governmental interest*. A partir de lo señalado, es que en relación a los casos en que se establecen mecanismos de control *a priori* o *a posteriori*, como los señalados al inicio del presente artículo, la carga o nivel de escrutinio que se exige al Estado y aplicado a aquellas normas que pretenden regular la expresión, sea la más alta. En este orden de ideas, y con respecto a los mecanismos de control *a priori* (que usualmente adoptan la forma de medidas prejudiciales), la Corte Suprema ha mantenido el criterio de que generalmente este tipo de medidas suelen ser inconstitucionales.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en *New York Times Co. v. United States*,<sup>28</sup> caso en el cual la Corte, enfrentada a un caso en el cual la Administración de turno requería la aplicación de una medida prejudicial que prohibiera la publicación de un artículo que contenía información secreta filtrada a la prensa, señaló que “lejos de merecer condena por su valiente reportaje, el *New York Times*, el *Washington Post* y otros periódicos deberían ser condecorados por servir el propósito que los fundadores de la patria vieron tan claramente. Al revelar los trabajos del gobierno que llevaron a la guerra de Vietnam, los periódicos noblemente hicieron precisamente aquello que los fundadores de la patria esperaban y confiaban ellos harían”.

<sup>26</sup> Ver también a este respecto *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

<sup>27</sup> Ver BURNHAM (2006) p. 362

<sup>28</sup> 403 U.S. 713, 717 (1971)

De forma similar, y en relación a medidas de control posterior relativas al *seditionous speech*, la Corte Suprema en *New York Times v. Sullivan*,<sup>29</sup> haciendo referencia a la *Sedition Act* de 1798 (que tipificó como crimen la crítica a los Oficiales del Gobierno Federal), señaló que “dicha Acta terminó en la ignominia y por sentido común ha sido tratada generalmente como haber sido completamente injustificada y una lamentable violación de la primera enmienda”.

Finalmente, los casos que mejor ilustran la neutralidad que debe mantener el Estado frente al contenido y al punto de vista expresado, son los casos de quema o ultraje de banderas o símbolos patrios.<sup>30-31</sup> Uno de los fallos más elocuentes de la Corte Suprema sobre este tema se dio en *Texas v. Johnson*,<sup>32-33-34</sup> caso en el cual reafirmó el fallo de un tribunal estatal de alzada que dejó en libertad a un joven que participando de una protesta procedió a quemar una bandera de los Estados Unidos, hecho que se encontraba sancionado según el ordenamiento del Estado de Texas.

En su decisión, la Corte señaló que “[e]stamos tentados a decir, de hecho, que el lugar preferente que merecidamente tiene la bandera en nuestra comunidad, será fortalecido, no debilitado, por nuestro fallo de hoy. Nuestra decisión es la reafirmación de los principios de libertad e inclusión que la bandera mejor refleja, y de la convicción que nuestra tolerancia a la crítica como la de Johnson es signo y fuente de nuestra fortaleza. De hecho, una de las imágenes más orgullosas de nuestra bandera es aquella inmortalizada en nuestro himno nacional, aquella del bombardeo que sobrevivió en el Fuerte McHenry. Es la resiliencia de la Nación, no su rigidez, lo que Texas ve reflejado en la bandera, y es esa resiliencia lo que aseguramos hoy. La forma de preservar el rol especial de la bandera no es castigando a quienes sienten diferente sobre estos asuntos. Es persuadirlos de que están equivocados. Que con hombres valientes, seguros, con confianza en el poder del razonamiento libre y sin temor, aplicado a través de procesos de gobierno popular, ningún peligro fluirá de la palabra que pueda

<sup>29</sup> 376 U.S. 254 (1964)

<sup>30</sup> Ver Ley 12.927, Sobre Seguridad del Estado, artículo 6° b).

<sup>31</sup> Las libertades de expresión no sólo comprenden las formas verbales o escritas, sino también las simbólicas. Según Burnham, en *O'Brien* la Corte Suprema “desarrolló un test para juzgar aquellas actividades que envuelven ambas, expresiones simbólicas protegidas y elementos no expresivos que no son protegidos. La regulación de los elementos no comunicativos de una conducta serán válidos (1) Si conllevan un interés gubernamental importante o sustancial y ese interés no está relacionado con la supresión de la libre expresión” y (2) si la restricción incidental en actividades en que la protección de la Primera Enmienda se reclama no es más que lo esencial para la consecución de ese interés”.

<sup>32</sup> 491 U.S. 397, 419 (1989)

<sup>33</sup> Otro caso similar en este sentido es *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), caso referido al *compelled speech*.

<sup>34</sup> Ver en contraposición a *Texas v. Johnson*, el caso de *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

ser juzgado como claro y presente, a menos que la incidencia del mal sea tan inminente que pueda suceder antes de que haya posibilidad de discutirlo”.

## 6. Algunas reflexiones finales

La libertad de expresión se encuentra en el núcleo de la concepción política, jurídica y jurisdiccional norteamericana. Existe una larga historia que se remonta a los fundadores de la nueva república y que ha sido desarrollada, adaptada y aplicada a una gran cantidad de situaciones y circunstancias desde entonces hasta nuestros días. Si bien es cierto, la institución que más adecuadamente expresa esta institución es la Corte Suprema Federal, la libertad de expresión como derecho vivo y aplicable es parte significativa de las otras dos ramas del aparato público, el Poder Ejecutivo y el Congreso. Adicionalmente, también debe señalarse que la libertad de expresión es comprendida, aceptada, ejercida y defendida con fuerza, convicción y pasión por los ciudadanos, tanto en forma individual como a través de organizaciones de la sociedad civil. Una organización de la sociedad civil norteamericana que se ha destacado por su promoción y defensa de la libertad, y dentro de ella la libertad de expresión, es la Asociación de Libertades Civiles de Norteamérica, ACLU, la que ha realizado significativas acciones legales en aplicación de esta libertad.<sup>35</sup>

Cabe, como especulación final, intentar observar esta institución desde la mirada chilena. Una primera reflexión que puede hacer un analista chileno frente a la teoría y práctica del derecho de libertad de expresión en Estados Unidos

---

<sup>35</sup> La ACLU entrega las siguientes razones para la legitimación de la libertad de expresión a nivel constitucional en el derecho norteamericano: “I. Es la fundación de la autorrealización. El derecho de expresar nuestros pensamientos y de comunicar libremente con otros afirma la dignidad y da valor a cada uno de los miembros de la sociedad, permitiendo a cada individuo realizarse a su pleno potencial humano. Por tanto, la libertad de expresión es un fin en sí y como tal merece la más grande protección de la sociedad. II. Es vital al alcance y el avance del conocimiento y de la búsqueda de la verdad. El eminente escritor del siglo 19 y libertario civil, John Stuart Mill, sostenía que el juicio iluminado solo es posible si se consideran todos los hechos e ideas de cualquier fuente, para probar las conclusiones propias contra posiciones opuestas. Por tanto, todo punto de vista, aun los que son “malos” o socialmente dañinos deben estar representados en “el mercado de ideas” de la sociedad. III. Es necesario para nuestro sistema de autogobierno y le da al pueblo americano una “función de chequeo” contra los excesos y la corrupción administrativa. Si quienes conforman el pueblo americano han de ser maestros de su destino y de su gobierno elegido, deben estar bien informados y tener acceso a toda la información, todas las ideas y puntos de vista. La ignorancia masiva es el terreno donde crecen la opresión y la tiranía”.

es observar la importancia y centralidad que tiene la institución en el derecho norteamericano, y más allá del derecho, en la política y en la forma de comprender la vida en sociedad que tienen los ciudadanos de ese país. La libertad en general y la libertad de expresión como manifestación privilegiada de aquella. Así, es difícil comprender adecuadamente el sistema jurídico norteamericano sin integrar este derecho, esta institución y esta aspiración de la sociedad norteamericana. Allí se entiende que la celosa protección de esa libertad es una garantía para todos que el día de mañana no aparecerá un gobierno que por razones políticas, religiosas, morales, o de otra índole, promueva un discurso intolerante que pueda hacer peligrar la diversidad y riqueza multicultural de esa nación.<sup>36</sup> Y eso es precisamente lo que la ha hecho grande en la historia y que asegura que grupos diversos compartan un proyecto general, con creatividad y seguridad.

En nuestro país, la situación es distinta desde diversos puntos de vista. No tenemos el mismo entorno histórico cultural, ni la experiencia de la diversidad y multiculturalidad de los norteamericanos. Por el contrario, nuestra historia parece asentarse en una cierta homogeneidad cultural en la que no se perciben como peculiares las hegemonías que conforman y explican nuestro ser nacional. El registro jurídico reciente así lo afirma y reafirma en forma consistente. Desde "Impunidad Diplomática" a "El Libro Negro de la Justicia en Chile", pasando por la película "La Última Tentación de Cristo", a menudo aparece un valor jurídicamente protegido que se considera más relevante que la libertad de expresión, sea el derecho a la intimidad, el respeto a instituciones y

---

<sup>36</sup> Como señala la Unión Americana de Libertades Civiles, el sistema tiene limitaciones y restricciones. No se trata de una libertad absoluta que no admita matices y ponderaciones. En efecto, "En *Chaplin v. New Hampshire* (1942), la Corte sostuvo que las denominadas "palabras de pelea... que por el hecho de ser pronunciadas infligen lesión o tienden a incitar un rompimiento de la paz inmediato", no están amparadas. Esta decisión se basó en el hecho que las palabras de pelea son de "leve valor social como un paso a la verdad". En *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) la Corte sostuvo que falsedades difamatorias acerca de funcionarios públicos eran castigables solo si el funcionario ofendido podía probar que las falsedades fueron "en efecto" publicadas con "malicia," p.e.: "conocimiento de que la declaración era falsa o temerariamente sin miramiento a si era falsa o no". Otros tipos de "declaraciones difamatorias" son también castigables. El material legalmente "obsceno" ha sido excluido históricamente del amparo de la Primera Enmienda. Desafortunadamente, la relativamente angosta excepción de obscenidad descrita abajo ha sido abusada por autoridades de gobierno y por grupos de presión privados. La expresión sexual en arte y entretención es y lo ha sido históricamente el blanco más frecuente de las cruzadas de censura, desde el clásico de James Joyce *Ulises* hasta las fotografías de Robert Mapplethorpe. En la decisión de 1973 de *Miller v. California*, la Corte estableció tres condiciones que deben estar presentes si se ha de estimar que una obra es "legalmente obscena". Deberá 1) atraer el interés lascivo (vergonzoso, mórbido) de sexo de una persona promedio; 2) ilustrar la conducta sexual de una "manera obviamente ofensiva" según lo definen los estándares de la comunidad; 3) tomado en su conjunto, estar falta de valor literario, artístico, político o científico serio. Los intentos de aplicar "la prueba Miller" han demostrado lo imposible que es formular una definición precisa de obscenidad. El Juez de la Corte Porter Stewart una vez dijo la famosa frase sobre el tema: "Lo conozco cuando lo veo". Pero el hecho es que la excepción de obscenidad a la Primera Enmienda es altamente subjetiva y en la práctica convida al abuso de gobierno".

sentimientos religiosos, tipos penales de injurias y calumnias, ideas sobre la decencia y las buenas costumbres, etc. Nuestros tribunales tienden a sentir mayor inclinación a defender y proteger estos conceptos, ideas, y concepciones de la vida en sociedad que la libertad de expresión como fundamento de una sociedad libre.

De aquí surgen numerosas preguntas que podrían ser objeto de futuras reflexiones en estas páginas, como por ejemplo, ¿cuánta protección debiera dar el sistema jurisdiccional a la libertad de prensa?<sup>37</sup> Y antes que eso, ¿hay razones para proteger la libertad de prensa?<sup>38</sup> ¿Es aceptable (conveniente) que la prensa goce de amplias libertades? ¿Puede burlarse de una persona? ¿Decir cosas que resultan falsas en definitiva? ¿Poner a disposición del público información obtenida a través de métodos ilícitos?<sup>39</sup>

Y otra pregunta. ¿Hasta qué punto una persona pública puede oponerse a que se expongan aspectos de su vida en la prensa? Por ejemplo, un político que aspira a ocupar un cargo de elección popular ¿debiera tener la protección del sistema jurisdiccional para que los ciudadanos no se enteren de aspectos de su vida que pueden tener relación directa con su probidad o con otros aspectos de su vida y actuaciones?<sup>40</sup> Y un artista de televisión que ha construido su fama parcialmente a través de compartir con la prensa su vida privada, ¿puede aspirar a la protección de los tribunales si un medio de prensa publica fotos

---

<sup>37</sup> *Near vs. Minnesota*. El Tribunal Supremo amplió la protección a la prensa del alcance de las leyes estatales así como las federales. Hasta ese momento la prensa solo estaba protegida del alcance del gobierno federal. Esta decisión trascendental también proscribió la mayor parte de las restricciones previas, 1931. *Gorsjean vs. American Press Co.* El Tribunal Supremo dictaminó que los gobiernos no pueden imponer impuestos a la tirada de un periódico. Los impuestos discriminatorios son un método que aún usan muchos gobiernos del mundo para apuntar injustamente y presionar a la prensa, 1936.

<sup>38</sup> *New York Times vs. United States*. El Tribunal Supremo decidió que la libertad de la prensa contra las "restricciones previas" es casi absoluta. El periódico fue autorizado a publicar "Los documentos del Pentágono", sobre la guerra del Vietnam, a pesar de que el gobierno sostuvo que ello perjudicaría la seguridad nacional. El tribunal determinó que el gobierno no había demostrado que la publicación causaría "daño directo, inmediato e irreparable al interés nacional". 1971.

<sup>39</sup> *Hustler Magazine vs. Falwell*. El Tribunal Supremo decidió que la prensa tiene el derecho de burlarse de los personajes públicos, aun cuando esas burlas sean "ultrajantes" e incluso si causan angustia emocional, 1988. *Bartnicki vs. Vopper*. El Tribunal Supremo determinó que en lo que respecta a cuestiones de interés público, la Primera Enmienda protege a los medios de comunicación aun cuando hayan difundido conversaciones por teléfono celular interceptadas ilegalmente por otra persona, 2001. *New York Times vs. Sullivan*. El Tribunal Supremo dictaminó que un funcionario público no puede cobrar daños y perjuicios en base a la publicación de una falsedad difamatoria relacionada con su cargo, a no ser que demuestre que la declaración fue hecha con "dolo deliberado". Más tarde se amplió a todas las figuras públicas, 1964.

<sup>40</sup> *Miami Herald vs. Tornillo*. El Tribunal Supremo determinó que un candidato que se postula a un cargo no tiene derecho a igualdad de espacio en el que responder a ataques de la prensa en contra suyo. Sin embargo, el tribunal corte no ha ampliado esta protección a los medios de radiodifusión. Los radiodifusores deben otorgar el derecho a la contestación bajo ciertas circunstancias. 1974.

sin su consentimiento? ¿Las personas públicas tienen el mismo derecho a la intimidad que las que no lo son?

Y otra pregunta que puede surgir para posterior debate tiene que ver con los parámetros, valores y reglas que debieran usar los jueces para determinar la ofensa a sentimientos religiosos ¿Son los de una religión? ¿Los de todas? ¿Los de cualquiera?

Como decía un juez norteamericano, si la libertad de expresión fue agregada a la Constitución para que protegiera ideas razonables, gratas, consensuales y apropiadas, la verdad es que no se entiende cuál sería la razón de darle tanta importancia. Esas ideas se protegen solas por la sociedad que las produce y acoge. Para que la libertad de expresión tenga sentido como garantía de protección constitucional, ésta debe dirigirse a proteger precisamente aquellas ideas que nos parecen desagradables, desproporcionadas, ofensivas, obscenas e inaceptables. Aquí sí que tiene sentido que exista una garantía constitucional. En el contexto norteamericano, esta idea se encuentra bastante aceptada. La pregunta relevante es ¿cómo se entendería y acogería esta proposición en nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta que demos a esta pregunta iluminará de alguna forma el tipo de derecho que tenemos y la clase de sociedad en la que queremos vivir.

## 7. Referencias

### Textos doctrinarios

1. BERMAN, Harold. (1983). *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente* (Título original: *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*). Fondo de Cultura Económica. México.
2. BOBBIO, Norberto (1996): *El Futuro de la Democracia* (2ª ed., Fondo de Cultura Económica).
3. BOGEN, David S. (1983): "The Origins of Freedom of Speech and Press", en *Maryland Law Review*, Spring, 1983: pp. 429-464.
4. BURNHAM, William (2006): *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (4th ed., Thomson West).
5. CAMPUSANO Droguett, Raul F., y Pablo Romero: "Nuestras Raíces en el Derecho Civil y nuestro Futuro en el Derecho Común". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año VIII, volumen 18, julio 2008.
6. EMERSON, Thomas I. (1963): "Toward a General Theory of the First Amendment", en *Yale Law Journal*, April, 1963: pp. 877-956.
7. FARBER, Daniel A. (1998). *The First Amendment*. The Foundation Press. New York.
8. MONK, Linda R. (2003) *The Words we live by: Your annotated guide to the Constitution*. A Stonesong Press book. New York.
9. PITTS, David (2005). "Primera Enmienda recalca libertad de prensa en Estados Unidos". Sitio web del gobierno de los Estados Unidos. [www.america.gov](http://www.america.gov)
10. UROFSKY, Melvin L. (Ed.). *Basic Readings in U. S. Democracy*.
11. VILE, M. J. C. *Politics in the USA*. Hutchinson, Suffolk, 1987. US Information Agency, Washington DC, 1994.
12. Unión Americana de Libertades Civiles, ACLU. Libertad de Expresión, Boletín Informativo. Sitio web de la ACLU: [www.aclufl.org](http://www.aclufl.org)
13. ZECCHINO, Richard J. (1999): "Could the Framers ever have imagined? A discussion on the First Amendment and the Internet", en *Law Review of Michigan State University Detroit College of Law*, Winter, 1999: pp. 981-1018.

### Jurisprudencia

1. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
2. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
3. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).
4. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1967).
5. *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).
6. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
7. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).
8. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).
9. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
10. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

## Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo

**Julio Alvear Téllez\***

Departamento Ciencias del Derecho

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En la edición pasada de *“Actualidad Jurídica”* analizamos el pensamiento de Hobbes en cuanto antecedente doctrinario de lo que hoy conocemos como “Estado laico”. En el presente artículo intentaremos forjar similar análisis centrándonos en uno de los elementos principales del liberalismo político de John Locke (1632-1704): su doctrina de la tolerancia.

A diferencia de Hobbes, Locke vivió una parte importante de su vida enfrascado en las luchas políticas contingentes. De hecho, su trayectoria de pensador va unida a su carrera política. No es una voz solitaria, perseverante en mantener tesis impopulares, como Hobbes. Es, por el contrario, un hombre que representa la opinión común de muchos de sus coterráneos, y que será beneficiado política y económicamente por favorecer esa misma opinión. Locke no presenta ni la profundidad ni la coherencia de Hobbes, pero le supera en la habilidad para presentar a sus contemporáneos una síntesis inteligente de las vías políticas de futuro que serían promisorias para la Inglaterra protestante y el futuro Imperio británico.

Lo que figura inscrito en su epitafio es un símbolo elocuente de su vida: *“Hic juxta situs est JOHANNES LOCKE. Si qualis fuerit rogas, mediocritate sua contentum se vixesse respondet. Literis innutritus eo usque tantum profecit, ut veritati unice litaret. Hoc ex scriptis illius discere, quae quod de eo reliquum est majori fide tibi exhibebunt, quam epitaphii suspecta elogia. Virtutes si quas habuit, minores sane quam sibi laudi duceret tibi in exemplum proponeret; vita una sepeliantur. Morum exemplum si squaeras in Evangelio habes: vitiorum utinam nusquam: mortalitatis certe (quod prosit) hic et ubique. Natum Anno Dom. 1632 Aug. 29. Mortuum Anno Dom. 1704 Oct. 28. Memorat haec tabula brevi et ipse interitura”*.<sup>1</sup>

\* Becario Alban (Doctorado) de la Unión Europea. Colaborador honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I)

<sup>1</sup> “Detente, viajero. Aquí yace John Locke. Si te preguntas qué clase de hombre era, él mismo te diría que

Las obras fundamentales de Locke son las siguientes:

- “*Primer Tratado de Gobierno*” (*The English Tract*, 1660, manuscrito póstumo)
- “*Segundo Tratado de Gobierno*” (*The Latin Tract*, 1662, manuscrito póstumo)
- “*Cuestiones acerca de la ley natural*” (“*Questions Concerning the Law of Nature*”, texto definitivo en latín, 1664, manuscrito póstumo).
- “*Ensayo sobre la tolerancia*” (*Essay Concerning Toleration*, 1667, manuscrito póstumo)
- “*Carta sobre la tolerancia*” (*Epistola de tolerantia*, 1689)
- “*Ensayo sobre el entendimiento humano*” (*Essay concerning human understanding*, 1690)
- “*Tratados sobre el gobierno civil*” (*Two treatises of government*, 1690)
- “*Algunas consideraciones sobre las consecuencias de la baja del interés y el aumento del valor de la moneda*” (*Some Considerations of the Consequences of the Lowering of Interest and Raising the Value of Money*, 1691)
- “*Pensamientos sobre la educación*” (*Some thoughts concerning education*, 1693)
- “*El cristianismo racional*” (*Reasonableness of Christianity*, as delivered in the Scriptures, 1695).<sup>2</sup>

Como ya lo hemos adelantado, no vamos a estudiar aquí los escritos principales de Locke, sino algo que, por paradójica, es un apéndice de su sistema filosófico-político. Apéndice, no obstante, de un tal carácter simbólico, que lo ha hecho merecedor de la máxima atención en la historia del pensamiento político. Se trata de su *Carta de la tolerancia*.

Antes de entrar de lleno en el pensamiento de nuestro autor, es oportuno apartar algunos obstáculos de peso que perjudican una lograda inteligencia de su doctrina sobre la tolerancia. Es lo que abordaremos a continuación.

---

alguien contento con su medianía. Alguien que, aunque no fue tan lejos en las ciencias, sólo buscó la verdad. Esto lo sabrás por sus escritos. De lo que él deja, ellos te informarán más fielmente que los sospechosos elogios de los epitafios. Virtudes, si las tuvo, no tanto como para alabarlo ni para que lo pongas de ejemplo. Vicios, algunos con los que fue enterrado. Si buscas un ejemplo que seguir, en los Evangelios lo encuentras; si uno de vicio, ojalá en ninguna parte; si uno de que la mortalidad te sea de provecho, aquí y por doquier. Que nació el 29 de agosto del año de Nuestro Señor de 1632, y que falleció el 28 de octubre del año de Nuestro Señor de 1704, este epitafio, el cual también perecerá pronto, es un registro”.

<sup>2</sup> Sus obras completas han sido editadas en *The Works of John Locke*, a cargo de L. J. Churchill, 3 volúmenes, Londres 1714 y en *The Works of John Locke*, 9 volúmenes, Londres 1853.

## **1. La ambivalencia del liberalismo político de Locke: ¿qué es lo nuevo y que es lo antiguo? ¿Cuál es el elemento puramente “liberal” y cuál el “tradicional” que ha quedado cubierto por lo que engañosamente se atribuye “in toto” al liberalismo?**

Desde una perspectiva histórico-crítica, es importante esclarecer lo que de *nuevo* aporta la filosofía política de Locke y lo que *hereda* de la tradición política inglesa. Entramos de este modo en la espinosa cuestión, tan propia del liberalismo, entre lo que se afirma explícitamente como nuevo, pero es antiguo; entre lo que se supone implícitamente como antiguo, pero es novel, y lo que se aplica como consecuencia de ambos.

Las libertades públicas inglesas junto a un régimen moderado de poder político, en lo que tienen de más fundamental, no son una creación ni de Locke ni de la “Revolución Gloriosa”. No hace falta crear teóricamente el pacto social ni buscar un idílico estado de naturaleza para sustentar tales principios políticos en los que toda civilización está de acuerdo, con los enriquecimientos propios de cada peculiaridad cultural. Los principios esenciales de la libertad política no son frutos del liberalismo, sino de la tradición política medieval.

Al respecto, comenta G. Sabine: *“A través de Hooker, (Locke) enlazaba con la larga tradición del pensamiento político medieval –que llega hasta Santo Tomás– en la que eran axiomáticas la realidad de las restricciones morales al poder, la responsabilidad de los gobernantes para con las comunidades por ellos regidas y la subordinación del gobierno al derecho”.*

*“La tradición medieval que Locke recogió a través de Hooker constituye una parte esencial de los ideales constitucionales (...) Los años de las guerras civiles lo habían cambiado, pero no destruido”.*<sup>3</sup>

Dicha tradición medieval *“sostenía que el Gobierno –específicamente el rey, pero no en menor medida el propio Parlamento y todos los órganos políticos– es responsable ante el pueblo o la comunidad a los que rige; su poder está limitado a la vez por la ley moral y por las tradiciones y convenciones constitucionales inherentes a la historia del reino. El gobierno es indispensable y su derecho es, por consiguiente, inviolable en un cierto sentido, pero es también derivado, ya que existe para el bienestar de la nación. Este argumento presupone claramente la realidad social y corporativa de la comunidad, supuesto no difícil en una época en que la sociedad estaba regulada por la costumbre”.*<sup>4</sup>

<sup>3</sup> George Sabine, *A History of Political Theory*, edición castellana del Fondo de Cultura Económica España, Madrid, 1978, p. 386

<sup>4</sup> Ídem, p. 387

Locke incorporó estos elementos tradicionales a su teoría. Por tanto, el equilibrio constitucional entre el Parlamento y el rey –con ligero predominio del Parlamento– no era más que volver a los ideales del pasado, si bien remozados ante las nuevas circunstancias históricas. De este modo, el liberalismo de Locke resulta engañoso en este punto, al menos cuando se le plantea como una conquista de la modernidad política, pues, en realidad, a través de lo *nuevo* hay una transmisión de lo *viejo*, que había quedado cuestionado por las teorías absolutistas contra las cuales nuestro autor se enfrentó.

Es más. Conociendo bien las premisas filosóficas de Locke, uno tiene la tentación de afirmar que los genuinos ideales de libertad política, tan caros al mundo medieval, quedaron subordinados en su teoría a las exigencias del sensismo antimetafísico y del liberalismo individualista.

De ahí que lo propio del liberalismo de nuestro pensador radique en la creación artificiosa de una sociedad civil de origen contractual, en la referencia a un estado de naturaleza asocial que nunca nadie conoció realmente,<sup>5</sup> y en la apología de unos derechos y libertades *individuales* formulados en términos de “*vida, libertad y posesión*” (*estate*), con la *property* como derecho tipo, para cuya realización y goce existe la sociedad.<sup>6</sup>

La tensión entre el *bien común* a cargo de los dirigentes de la sociedad y el *goce individual de las libertades*, que han de garantizar también los gobernantes, no es fácil de resolver. De ahí las varias lecturas de Locke. Algunos, siguiendo el talante liberal de sus sucesores, la resuelven identificando el bien de la sociedad con la garantía de las libertades individuales. Otros aseguran que dicha tensión no es más que el fruto de una mascarada; en realidad, lo que Locke habría defendido son las posesiones y libertades de la alta nobleza y la bur-

<sup>5</sup> Locke es conciente de este problema: “*a quienes dicen que nunca hubo hombres en el estado de naturaleza, no sólo me opongo recurriendo a la autoridad del juicioso Hocker (Eccl. Pol.i, Sección 10) (...) Yo voy más allá y afirmo que los hombres se hallan naturalmente en un estado así, y que en él permanecen hasta que por su propio consentimiento se hacen a sí mismos miembros de alguna sociedad política; y no dudo que en lo que sigue del presente discurso ello quedará muy claro*” (Cfr. “*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*”, versión de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, p. 45).

<sup>6</sup> En contrario, hay quienes sostienen que Locke no posee una concepción individualista de la sociedad, fundados en el presupuesto de que “*el individualismo no es una categoría progresiva en las formaciones de las sociedades modernas*”. En el medio hispanoparlante ha desarrollado esta postura Helio Gallardo (Cfr. “*John Locke y Norberto Bobbio*” en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XLIII N°108 (enero-abril 2005), pp.97-110. La cita figura en p.107). El autor, en este sentido, formula una ácida crítica a la lectura que Bobbio hace del Segundo Tratado del Gobierno Civil de Locke en “*El tiempo de los derechos*” (Versión castellana de Sistema, Madrid, 1991). Sin embargo, la razón parece estar con Bobbio, pues más allá de los diversos matices que se pueden establecer acerca del individualismo de Locke según las distintas interpretaciones (que dependen del ángulo del sistema de Locke sobre el que se parta), no se puede desmentir un individualismo tan claramente reflejado en las palabras del filósofo inglés, en virtud de un osado *parti pri* de significado contrario a la evidencia.

guesía adinerada (protestante); para ellas y solo para ellas habla *in concreto* de las libertades individuales.<sup>7</sup>

Estas controversias las indicamos solo de paso porque creemos que no se resuelven apelando sólo a la filosofía política de nuestro pensador. Tienen en realidad una raíz más honda que se encuentra en el empirismo y sensismo del autor. Para Locke, dado que lo único comprobable en el entendimiento humano son las ideas en cuanto reflejan inmediatamente las sensaciones,<sup>8</sup> y el resto son lo que llamaríamos hoy día *subjetividades*, la verdad política y religiosa no existe. Solo puede existir la libertad para que cada cual exprese como quiera su pensamiento, y la garantía de la sociedad a dicha libertad. Locke no saca inmediatamente esta conclusión, pues resulta aún para su tiempo demasiado extrema, aunque es fácilmente deducible a partir de lo que para él viene a ser la verdad y el estatuto epistemológico que da a las ideas universales. Pero la filosofía liberal anglosajona llegará pronto a tal afirmación y la convertirá en axioma del liberalismo moderno.<sup>9</sup>

## **2. Un segundo obstáculo para comprender la teoría de la tolerancia de Locke: su espacio receptivo a la intolerancia doctrinaria y práctica**

A nadie se le oculta la diferencia y hasta la contradicción que se da entre lo que se piensa y lo que se practica. Sin llegar al vicio de la hipocresía, la tensión entre lo ideal y lo real es algo muy humano y nos acompaña generalmente desde el nacimiento hasta la muerte. La coherencia respecto de sí mismo a lo largo de la vida es privilegio de no muchos. Para el resto, parece subsistir la apelación a la debilidad de nuestras pasiones frente al mundo de la razón o de la fe.

El problema de la incoherencia entre lo que se piensa en el orden moral y político y lo que se *practica* se vuelve mucho más agudo si tal disparidad tiene repercusiones en el ámbito de las sistematizaciones doctrinarias. Un caso

<sup>7</sup> Es aproximativamente la polémica tesis de C.B. Macpherson, *"The Political Theory of Possessive Individualism"*, versión española con el título de *"La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke"*, Ed. Fontanella, Barcelona, 2ª edición, 1979. Ha sido discutida por Bobbio, en *"Thomas Hobbes"*, edición española del Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

<sup>8</sup> Se puede comprobar sin esfuerzo el *sensismo* de Locke con la sola lectura del *"Tratado del Entendimiento Humano"*, especialmente el Libro II, cap. 1, *De las ideas en general, y de su origen*; cap. II, *De las ideas simples* (en relación con los capítulos 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10), cap. 12 *De las ideas complejas* (en relación con los capítulos 13, 14, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29) y cap. 32 *De las ideas verdaderas y falsas* (en relación con los capítulos 30, 31 y 33).

<sup>9</sup> El tema lo hemos tratado más ampliamente en *"John Locke y la libertad religiosa ¿padre del liberalismo o apologeta de la intolerancia?"*, en *"Ars Boni et Aequi"*, Revista jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, N° 4 (2008), pp.141-155.

histórico característico es la teorización y el uso del término *tolerancia* por parte de la Ilustración dieciochesca. Quienes han revisado retrospectivamente los escritos de los más altos representantes del pensamiento ilustrado se han llevado la sorpresa de que no sólo no eran más tolerantes que el resto de sus semejantes, sino que sistemáticamente se dedicaban a desprestigiar al pueblo y a calumniar a quienes no pensaban como ellos.<sup>10</sup> El caso de Voltaire es paradigmático, porque su intolerancia hacia el cristianismo (que era profesado por más del 90% de la población francesa) raya en lo extremo por su sistemático apego a la injuria.<sup>11</sup> ¿Realmente creían los ilustrados en la tolerancia que predicaban o era sólo un subterfugio propagandístico para difundir sus ideas a través de estratagemas?

Análogas preguntas se han planteado en la actualidad respecto del liberalismo decimonónico, que tomó cuenta de los Estados europeos del siglo XIX, y que con una mano predicaba el catálogo de las libertades modernas y con la otra perseguía ideológicamente a quienes no compartían su credo.<sup>12</sup> ¿Simple incoherencia entre lo que se piensa y lo que practica, o maquillaje político para imponer la ideología liberal de espaldas a la tradición del pueblo?

No pretenderemos nosotros responder a esta cuestión. Solo levantamos las interrogantes. Quizás la respuesta pasa, en parte, por identificar los fenómenos modernos de la ideología y de la revolución, y distinguirlos de la mera formulación doctrinaria. Aquellas no son únicamente doctrinas sino movimientos teórico-prácticos de palingenesia de la sociedad, que tienen por objeto cambiar *toda* la realidad según sus propios postulados.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Jean Sévilla, *Historiquement correct*, Plon, París, 2003. En su versión española de Ciudadela, Madrid, 2006, es útil particularmente el capítulo VII titulado *“La Ilustración y la tolerancia”* (pp.161-182) con abundantes referencias bibliográficas de la actual historiografía francesa.

<sup>11</sup> Voltaire es autor de un famoso *“Tratado de la tolerancia”*, en el que opone la intolerancia del “oscurantismo” y la “superstición” a la tolerancia de la “ilustración”. Un estudio de las ambivalencias de Voltaire en René Ponceau, *Voltaire*, Seuil, París, 1989.

<sup>12</sup> En virtud de sus propias implicaciones doctrinarias, el liberalismo continental entró en lucha con el catolicismo a lo largo de todo el siglo XIX en Europa, con medidas persecutorias que ocasionaron encarnizadas luchas y resistencias políticas en Francia y los reinos germánicos, así como guerras civiles en la península ibérica, cual es el caso de las guerras carlistas. El liberalismo encarnó entonces la pretensión moderna *“de querer instaurar plenamente el regnum hominis sobre la tierra (...) la victoria del immanentismo sobre el trascendentalismo, la libertad sobre la Revelación, la razón sobre la autoridad”* Cfr. Nicola Matteucci, en Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, y Gianfranco Pasquino (Eds.), *Diccionario de la política*, versión de Editora UNB, Brasilia, 1983, Vol. I (11ª edición), p. 695.

<sup>13</sup> Sobre el fenómeno de la Revolución y la ideología, y desde diferentes ángulos de estudio: Jean Baechler, *Les phénomènes révolutionnaires*, PUF, París, 1970; Carlo Mongardini, y Maria Luisa Maniscalco, *L'Europa moderna e l'idea di Rivoluzione*, Bulzoni, Roma, 1990; Charles Tilly, *European Revolutions 1492-1992*, Blackwell, Oxford, 1993; A. del Noce, *Tramonto o eclissi dei valori tradizionali*, Rusconi, Milão, 1971; Hannah Arendt, *On Revolution*, Faber & Faber, Londres, 1963.

Es en este horizonte que se debe plantear, a nuestro juicio, la intolerancia de Locke, tanto a nivel *teórico* como *práctico*. Sí, debemos hablar de *intolerancia* a pesar de lo que los hagiógrafos modernos de nuestro pensador divulguen sobre él, menos interesados en la verdad que en mantener incólume el mito del origen inocente del liberalismo político. De cualquier forma, a diferencia de Hobbes, nuestro filósofo no se nos presenta con una coherencia monolítica. Tanto en su vida práctica como en su obra sobre la tolerancia hay espacios abiertos a la intolerancia. ¿Debilidad humana e incoherencia sistémica accidental o hay por detrás una doctrina más de fondo, no necesariamente explicitada? Si es esto último ¿cuál es esa doctrina?

Para desbrozar el problema hay que revisar algunos rasgos biográficos relacionados con la obra filosófico-política de Locke.<sup>14</sup> Apuntemos sumariamente que sus dos *Tratados sobre el gobierno civil* aparecieron en 1690 con el propósito de defender la “Revolución Gloriosa” de 1689<sup>15</sup> a través de la cual el protestantismo inglés invitó formalmente al holandés y calvinista Guillermo de Orange a invadir Inglaterra, a fin de expulsar al monarca católico Jacobo II, último rey de la dinastía de los Estuardos que gobernó la isla.

El Segundo tratado sobre el Gobierno Civil –que es el que hoy se edita y lee– contiene tesis generales que superan en mucho su origen coyuntural, al punto de constituir el órgano fundamental de su teoría política. Pero no al punto de olvidar su contexto histórico, pues variadas afirmaciones sobre la legitimidad o ilegitimidad de un gobierno (vr. gr. cap. XVIII, sec.199-210, dedicado a la tiranía) van destinadas a que el lector de la época extraiga dos conclusiones político-contingentes: la primera, que Jacobo II –cuya legitimidad era intachable– se había convertido en un rey ilegítimo; la segunda, que Guillermo de Orange –cuya ilegitimidad era asimismo evidente– era rey legítimo.

En otros términos, Locke, que hoy es tenido como uno de los fundadores de la moderna teoría constitucional británica, ayer amparó la violación de las leyes sucesorias fundamentales del constitucionalismo inglés. Nuestro pensador lo hizo con una habilidad toda inglesa, con mesura y pragmatismo, incorporando

<sup>14</sup> Hay un cúmulo de obras dedicadas a esta cuestión. Mencionemos las siguientes: Maurice Cranston, *John Locke: A Biography*, Oxford University Press, Oxford, 1985; Richard Ashcraft, *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1986; John Dunn, *The Political Thought of John Locke*. Cambridge University Press, Cambridge, London, New York, 1969; A. John Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1992; James Tully, *Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993. Desde una postura más crítica: J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1950, y John D. O'Connor, *John Locke. A Critical Introduction*, Baltimore, 1972.

<sup>15</sup> Este propósito es estudiado por P. Laslett, “The English Revolution and Locke's Two Treatises of Government”, in *Cambridge Historical Journal*, vol. VII (1956), pp. 40 ss.

a su teoría, en primer lugar, la doctrina medieval de la distinción entre sociedad y gobierno, haciendo suponer que antes de la llegada de Guillermo, el rey Jacobo II no había servido a la sociedad inglesa. Y en segundo lugar, evitando analizar in concreto la violación a las leyes fundamentales del Reino que constitucionalmente significó la coronación de Guillermo y su esposa como reyes tras la “Revolución Gloriosa”.<sup>16</sup>

Más allá de sus momentos de intolerancia personal, Locke elabora precisamente en su “Carta sobre la tolerancia” una doctrina de la intolerancia como principio de gobierno, que me imagino que no muchos han leído hasta el final.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Hemos tratado ampliamente este tema en el artículo citado “John Locke y la libertad religiosa”. En él ponderamos que se discute históricamente el grado de compromiso de Locke con el presupuesto anglicano de persecución al catolicismo. Los pensadores liberales admiradores de Locke suelen callar estos hechos tan comprometedores incluso para la doctrina política del filósofo, que teoriza acerca de una monarquía temperada por el poder legislativo en beneficio de las libertades individuales de los súbditos siempre que sean protestantes.

Sin entrar en la controversia, debemos dar por sentado que los biógrafos del pensador inglés convienen en los siguientes hechos:

1) Locke no se opuso al *acta* de prueba que privaba al súbdito católico, por el solo hecho de serlo, de sus derechos políticos. Incluso, a nivel especulativo, en su segundo “Tratado sobre el Gobierno” y en su “Carta sobre la Tolerancia”, parece justificar esta exclusión;

2) Locke trabó íntima amistad y sirvió a John Ashley Cooper, Conde de Shaftesbury, a lo largo de toda su vida política. El Conde de Shaftesbury fue Lord Chancellor del Reino en la época de Carlos II. Pero cuando el hermano del rey, el futuro Jacobo II anuncia su conversión al catolicismo, el Conde de Shaftesbury presenta tres proyectos sucesivos de ley (1679, 1680 y 1691) para excluir del trono al heredero católico. Nuestro filósofo apoya fuertemente la iniciativa, junto a James Tyrrel y Algernon Sydney.

3) *“El fracaso de la vía legal para detener el ascenso de Jacobo Estuardo abrió un segundo escenario. En esta fase interviene otro factor, que estaba operando desde larga data. La oposición a Jacobo Estuardo se había acercado al duque de Monmouth, hijo ilegítimo del Carlos II, para apoyar su pretensión al trono. Monmouth había recibido grandes muestras de predilección por parte de Carlos II, pero cuando éste se dio cuenta de sus aspiraciones hizo una declaración oficial y solemne para establecer la inviolabilidad de la línea de sucesión, que hacía recaer el trono en su hermano Jacobo. Monmouth no aceptó esta decisión de su padre y participó en la conspiración llamada “Rye House plot”, que contemplaba el asesinato del rey y su hermano. La conspiración fracasó y Monmouth fue apresado y enviado al exilio poco después que se iniciara la represión real (21 de junio de 1683). En cambio, los cabecillas de la sedición y sus principales participantes, entre los cuales se incluyó a Algernon Sydney, fueron condenados a muerte y ejecutados. Con algunos meses de anterioridad al desmantelamiento del complot, Shaftesbury, asediado por los servicios judiciales y policiales del rey, había abandonado Inglaterra. Asilado en Holanda, no tardó en morir. Locke, por su parte, salió al exilio (a Holanda) dos semanas antes del operativo real contra los conspiradores. Mientras en Inglaterra se desarrollaban los juicios contra los conspiradores, el gobierno de Carlos II demandó al gobierno holandés la detención y extradición de Locke, razón por la cual éste se sumergió en el anonimato”* (Oscar Godoy A., “Absolutismo, tiranía y resistencia civil en el pensamiento político de John Locke”, en Revista Estudios Públicos N° 96, Santiago de Chile, 2004, pp. 247-280).

4) En 1689, Locke regresa a Inglaterra tras el triunfo de la Revolución Gloriosa. En los próximos años salen a luz sus más maduras obras de filosofía política, a las que ya hemos hecho referencia. Entre 1694 y 1700 se convierte en consejero de Lord Somers, principal figura del gobierno, quien ocupa el cargo de Lord Canciller de 1697 hasta 1700. ¿Participó Locke, de alguna manera, en los proyectos de represión religiosa y política de Irlanda y Escocia? La pregunta la dejamos abierta.

<sup>17</sup> Del ateísmo, dice nuestro autor: “Por último, no han de ser tolerados en modo alguno aquellos que nieguen la existencia de Dios. Las promesas, los pactos y juramentos, que son los lazos que unen a la sociedad, no significan nada para el ateo. Al apartarse de Dios, aun en su espíritu, se disgrega todo. Asimismo, aquellos que no creen en nada, al socavar y destruir toda religión, no pueden tener pretexto religioso alguno para pretender el privilegio de la tolerancia”. De la Iglesia Católica sostiene, entre otras cosas: “Éstos,

### 3. El significado de la doctrina de la tolerancia en Locke

Atendidos los obstáculos presentados en los acápite 1 y 2, ¿cuál es el significado definitivo de la doctrina de la tolerancia de Locke? Hemos visto que en nuestro pensador hay un monolito de intolerancia incommovible. Y que su pensamiento no puede separarse de su sistema filosófico-político liberal, ni de sus presupuestos sensistas y empiristas. Debemos profundizar entonces el significado teórico de la tolerancia lockeana, pues no parece factible que la irrupción de intolerancia haya de atribuirse a simples motivos pasionales totalmente lejanos a su sistema de pensamiento.

Citaremos a continuación los textos de la *Carta sobre la tolerancia* que nos parecen más relevantes a efectos de sistematizar la doctrina de fondo de nuestro pensador.

#### Textos de la "Carta sobre la tolerancia"

i) Sabemos que la "Carta sobre la tolerancia" se escribe con ocasión de los conflictos políticos que afectan a Inglaterra, marcados por la falta de libertad de los súbditos frente al poder del gobierno y a la imposibilidad de alcanzar la unidad y la paz política. Una de las causas determinantes de esta situación conflictiva radica en la *falta de tolerancia en materia religiosa*, en una época en que han proliferado las diversas confesiones protestantes, a la sombra de la religión oficial, cual es la anglicana, en torno a la cual, no obstante, se funda la unidad política de la Corona:

*"Creo, en realidad, que no existe nación bajo el cielo en la cual se haya dicho más sobre ese tema (la tolerancia) que en la nuestra. Pero, sin embargo, no existe tampoco pueblo que tenga, como nosotros, mayor necesidad de que se diga y que se haga algo más acerca de este punto. Nuestro gobierno no sólo ha sido parcial en materias de religión, sino que incluso quienes más han sufrido por esta parcialidad, y más se han esforzado a través de sus escritos por justificar sus propios derechos y libertades, en su mayoría lo han hecho basándose en principio estrechos, apropiados sólo a los intereses de sus propias sectas".<sup>18</sup>*

---

por lo tanto, que atribuyen a los piadosos, religiosos y ortodoxos, en otras palabras, a sí mismos, privilegios especiales de poder en materias civiles sobre los demás mortales, o aquellos que, bajo pretexto de religión, reclaman para sí toda forma de autoridad sobre los que no participan de su comunión eclesiástica, éstos, sostengo, no tienen derecho alguno a ser tolerados por el gobernante... Además, la iglesia que está constituida sobre estas bases no puede pretender la tolerancia del gobernante, ya que todos los que ingresen a ella se entregan ipso facto a la protección y servicio de otro príncipe. Por estos medios, el gobernante daría lugar al establecimiento de una jurisdicción extraña en su país y permitiría que sus propios súbditos se alistaran militarmente, por así decirlo, en contra de su propia patria".

<sup>18</sup> John Locke, "Carta de la tolerancia", edición del Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile (s/f), cuya traducción ha tenido como base la versión publicada en 1977 (segunda edición undécima tí-

ii) El principio del liberalismo político es el remedio definitivo a los problemas políticos de Inglaterra. Si el poder político se rige por tal principio, las tensiones fundamentales entre autoridad, libertad y proliferación de confesiones religiosas que aquejan a Inglaterra cesarán:

“Necesitamos remedios más efectivos que los que hemos usado hasta ahora en nuestra enfermedad (...) La libertad absoluta, la libertad justa y verdadera, igual e imparcial, es aquello que necesitamos en efecto. Ahora bien, aun cuando esto ha sido muy discutido, dudo que haya sido bien comprendido. Estoy seguro de que no ha sido practicado ni por nuestros gobernantes frente al pueblo en general ni por los grupos disidentes del pueblo entre sí”.<sup>19</sup>

iii) Pero el principio del liberalismo no sólo se impone por razones coyunturales, sino por el interés general y permanente de la nación:

“No puedo, por lo tanto, sino esperar que esta disertación, que aborda este tema en forma breve, pero más precisa de lo que hemos visto hasta ahora, al demostrar tanto la equidad como la viabilidad de esto, sea considerada altamente oportuna por todos los hombres que posean un espíritu lo suficientemente amplio como para preferir el verdadero interés público al de un grupo particular”.<sup>20</sup>

iv) El principio liberal exige que la religión sea considerada como *un asunto meramente subjetivo*. No hay propiamente una “*sociedad religiosa*” paritaria a la “*sociedad civil y temporal*” con derechos y prerrogativas que nacen de una misión objetiva, sino una esfera religiosa fundada en las creencias particulares de cada cual. De ahí que la iglesia no sea una única sociedad, sino una agrupación voluntaria de los que quieren subjetivamente salvarse de la misma manera, frente a otros que intentan lo mismo de diverso modo. Frente

---

rada) por The Bobbs-Merrill Co. Inc., Indianápolis (Indiana), USA., p. 2 (Prefacio). Este principio es aquí sólo esbozado, aunque el autor ya lo ha desarrollado en sus líneas elementales en sus dos “*Tratados del Gobierno*” (1660, 1662) que no llegaron a ser publicados en vida. Su doctrina liberal ya madura será expuesta un año más tarde en sus “*Tratados sobre el gobierno civil*”. El primer tratado tiene por objeto refutar la postura monárquica patriarcal y absolutista de Sir Richard Filmer. El manuscrito de Filmer era visto por Locke como una solución peligrosa a los problemas políticos ingleses y un intento de justificación del poder de la monarquía frente a las limitaciones del Parlamento. El segundo tratado, que lleva como subtítulo “*un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil*”, desenvuelve ampliamente el principio político liberal, concebido no simplemente como una forma de convivencia sino como base constitutiva, única y determinante de la organización política, según se desprende con particular acento de los capítulos I, VII, VIII y IX acerca del “estado de naturaleza” (pp. 36-45), “*la sociedad política y civil*” (pp. 96-110), “*el origen de las sociedades políticas*” (pp. 111-132) y “*los fines de la sociedad política y del gobierno*” (pp. 133-137), respectivamente (Cfr. “*Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*”, cit.).

<sup>19</sup> John Locke, “*Carta de la tolerancia*”, ed. cit., p. 2 (Prefacio).

<sup>20</sup> Ídem.

al poder político, hay siempre una pluralidad de confesiones religiosas que se reducen a la vida de la conciencia de sus seguidores, y cuya función en la vida pública solo puede ser indirecta: formar ciudadanos virtuosos en el ámbito de los intereses del gobierno civil. El Estado no reconoce, por tanto, un poder jurisdiccional eclesiástico válido en sí mismo, de naturaleza jurídica externa al derecho establecido por el gobierno civil. La Iglesia no es una institución divina, un dato inviolable, previo a la sociedad política, sino una asociación voluntaria como muchas otras.

“El cuidado del alma de cada persona y de las materias celestiales, que no pertenecen al Estado ni estén sujetas a él, debe quedar enteramente entregado a ella misma. De este modo, la comunidad política fue creada para proteger la vida de los hombres y las cosas pertenecientes a esta vida y el gobernante tiene el deber de preservar tales cosas a sus dueños, no pudiendo, por lo tanto, quitárselas a un individuo o grupo y darlas a otro, ni aun bajo pretexto de religión, que nada tiene que ver con el gobernante civil, ni podrá tampoco despojarlos de su propiedad ni siquiera por ley, por causas que no se relacionen con los fines del gobierno civil, es decir, por su religión, que sea verdadera o falsa, no perjudica los intereses terrenales de sus súbditos, que son los únicos que pertenecen a la tutela del Estado”.<sup>21</sup>

“Veamos ahora lo que es una iglesia. Considero que ésta es una sociedad voluntaria de hombres que se reúnen de mutuo acuerdo para rendir culto público a Dios en la forma que ellos juzguen que le es aceptable y eficiente para la salvación de sus almas. Repito, es una sociedad libre y voluntaria”.<sup>22</sup>

“El cuidado del alma de todo hombre sólo le pertenece a él”.<sup>23</sup> “Todo hombre tiene un alma inmortal, capaz de felicidad o miseria, y su salvación depende de que éste crea y practique las cosas terrenales necesarias para lograr el favor de Dios, que son las que están prescritas por El para tal fin. De esto se sigue que (...) el hombre no viola el derecho de otros a través de sus opiniones erradas y su forma indebida de culto, pues su perdición será algo ajeno si no causa daño al prójimo; es así como el cuidado de su propia salvación pertenece a cada individuo en particular”.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Ídem, p. 31.

<sup>22</sup> Ídem, p. 8.

<sup>23</sup> Ídem, p. 16. De ahí que la materia religiosa se reduzca bastante, incluso en una religión revelada como la cristiana: ídem, p. 22.

<sup>24</sup> Ídem, p. 29.

*“Toda la existencia y el poder de la verdadera religión consisten en la persuasión interior y completa del espíritu; y la fe no es tal sin la creencia. Aunque hagamos cualquier profesión, o nos sometamos a cualquier culto externo, si no estamos plenamente convencidos de que aquélla es la verdad y éste agradable a Dios, tal profesión y tal culto, en lugar de constituir un progreso, serán de hecho grandes obstáculos para nuestra salvación”.*<sup>25</sup>

*“El cuidado de las almas no puede pertenecer al magistrado civil, ya que su poder consiste sólo en su fuerza externa, pero como la reunión de varios miembros en esta sociedad eclesíástica es absolutamente libre y espontánea, se concluye necesariamente de esto que la potestad de elaborar sus leyes sólo puede pertenecer a la sociedad misma, o a aquellos a quienes la sociedad de común acuerdo ha autorizado para establecerlas”.*<sup>26</sup>

v) La independencia-separación entre la sociedad civil y la esfera de lo religioso es esencial al liberalismo político y presupuesto del régimen de tolerancia:

*“Aun cuando algunos disfracen su espíritu de persecución y crueldad poco cristiana con el pretexto del bienestar público y de la observancia de las leyes, y otros pretendan que con la excusa de la religión queden impunes su libertinaje y licencias, estimo que nadie debe engañarse a sí mismo ni a los otros con razones de lealtad y obediencia al príncipe o de ternura y sinceridad hacia el culto de Dios; y considero que es necesario, por sobre todo, distinguir la esfera del gobierno civil de la esfera de la religión y establecer los límites exactos entre una y otra. Si no se hace esto, jamás tendrán fin las controversias que surgen permanentemente entre los que las tienen”.*<sup>27</sup>

*En lo que respecta a la sociedad civil y política: “La república es una sociedad de hombres construida sólo para procurar, preservar y hacer progresar sus propios intereses civiles. Llamo intereses civiles a la vida, la libertad, la salud, la quietud del cuerpo y la posesión de cosas externas tales como el dinero, las tierras, las casas, los muebles y otras similares”.*<sup>28</sup>

*“Es deber de todo gobernante, mediante la ejecución imparcial de las mismas leyes, garantizar a todos en general, y a cada uno de sus súbditos en particular, la posesión justa de las cosas que pertenecen a esta vida. Si alguno pretende*

<sup>25</sup> Ídem, p. 7. *“Cada cual se une voluntariamente a la sociedad en que cree que ha encontrado aquella profesión y culto que es verdaderamente aceptable a Dios”* (ídem, p. 9).

<sup>26</sup> Ídem, p. 9. *“El cuidado de las almas no puede pertenecer al magistrado civil, ya que su poder consiste sólo en su fuerza externa, pero la religión verdadera y redentora consiste en la persuasión interior, sin la cual nada puede ser aceptable para Dios”* (ídem, p. 7).

<sup>27</sup> Ídem, p. 6.

<sup>28</sup> Ídem, p. 6.

*violar las leyes de la justicia pública y de la equidad que están establecidas para la preservación de estas cosas, su pretensión deberá ser frenada bajo la amenaza de castigos que consistan en la privación o disminución de aquellos intereses civiles o bienes de los cuales podría gozar en caso contrario*".<sup>29</sup> *"Todo el poder del gobierno está sólo relacionado a los intereses civiles de los hombres; está limitado al cuidado de las cosas de este mundo y nada tiene que ver con el mundo que ha de venir"*.<sup>30</sup>

En lo que atañe a la sociedad religiosa: *"El fin de una sociedad religiosa, como ya se ha dicho, es la adoración pública de Dios y, mediante ella, la obtención de la vida eterna"*.<sup>31</sup>

*"La función de la verdadera religión es completamente diferente. No ha sido creada para producir una pompa externa, ni para obtener un dominio eclesiástico ni tampoco para el ejercicio de la fuerza compulsiva; sino que para la regulación de la vida de los hombres en conformidad a las reglas de la virtud y de la piedad. Quienquiera que se aliste bajo el estandarte de Cristo, deberá, en primer lugar y por sobre todo, combatir contra sus propias audeces y vicios. En vano pretenden algunos usurpar el nombre de cristianos sin poseer la santidad de vida, la fortaleza de costumbres y la benignidad y mansedumbre de espíritu"*.<sup>32</sup>

*"No me incumbe indagar sobre la fuente del poder o dignidad del clero. Solamente deseo señalar que cualquiera sea el origen de su autoridad, al ser eclesiástica, debería estar limitada a la esfera de la Iglesia, y no extenderse a los asuntos civiles, puesto que la iglesia es, en sí misma, algo completamente aparte y diferenciado del Estado. Los límites de ambas partes son fijos e inamovibles. Confunde lo celestial con lo terrestre, que son tan opuestos y remotos, quien mezcla estas sociedades, tan peculiares en su origen, finalidad e intereses, y tan infinitamente diversas entre sí"*.<sup>33</sup>

vi) Los fundamentos de la independencia –separación entre la sociedad civil y la esfera religiosa– se formulan de modo positivo y negativo, es decir, no solo atribuyendo toda competencia temporal a la potestad política, negando la potestad religiosa indirecta en materia temporal (por motivos de pecado), sino

<sup>29</sup> Ídem, p. 6. En el mismo sentido: *"Toda jurisdicción del gobernante alcanza sólo a aquellos aspectos civiles, y que todo poder, derecho o dominio civil está vinculado y limitado a la sola preocupación de promover estas cosas; y que no puede ni debe ser extendido en modo alguno a la salvación de las almas"* (loc. cit.).

<sup>30</sup> Ídem, p. 8.

<sup>31</sup> Ídem, p. 10.

<sup>32</sup> Ídem, p. 3. De este presupuesto de la religión reducida a las creencias subjetivas, se deduce la tolerancia mutua de las confesiones religiosas en sus manifestaciones externas.

<sup>33</sup> Ídem, p. 14.

también subrayando su incompetencia religiosa, y el hecho de que la esfera de lo religioso remite a lo subjetivo.

a) La esfera de lo religioso es un asunto de *competencia subjetiva*, sobre la cual no tiene competencia el Estado, pero tampoco de por sí ninguna organización religiosa, cuya autoridad es siempre *consentida*:

*“El cuidado de las almas no está asignado al gobernante, como tampoco lo está a otros hombres”.*<sup>34</sup>

*“A estas sociedades religiosas las denomino iglesias, y afirmo que el gobernante debería tolerarlas, ya que el objetivo de estas asambleas del pueblo no es otro que lo que es la legítima incumbencia para cada individuo en particular: es decir, la salvación de sus almas, y en este caso no existiría tampoco ninguna diferencia entre la iglesia nacional y las demás confesiones separadas”.*<sup>35</sup>

*“Os ruego observar cuán grandes han sido las divisiones aun entre aquellos que ponen tanto énfasis en la divina institución y en la sucesión continuada de un cierto orden de gobernantes de la iglesia. Porque su misma disensión nos coloca inevitablemente en la necesidad de deliberar y, en consecuencia, nos permite una libertad para elegir aquello que preferimos sobre la base de nuestra reflexión. En esta forma se preservará la libertad eclesiástica en todas partes y ningún hombre tendrá un legislador que le sea impuesto, sino aquel que él mismo elija”.*<sup>36</sup>

b) El poder eclesiástico no tiene potestad jurídica para imponer sanciones coactivas ni hacerlas imponer. Inversamente, la potestad civil es *radicalmente incompetente* en materia religiosa, por lo que tampoco puede profesar una fe y un culto externo determinado:

*“Una cosa es persuadir y otra es ordenar, una cosa es presionar con argumentos y otra es hacerlo con castigos. Sólo el poder civil tiene derecho a hacer esto; al poder eclesiástico la benevolencia le es suficiente autoridad”.*<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Ídem, p. 6. Sobre la incompetencia del gobierno Locke precisa: *“Pero concedamos a estos fanáticos que condenan todo lo que difiere de su opinión, el que de todas estas circunstancias surjan diversos caminos que lleven a fines diferentes. ¿Qué debemos entonces concluir de todo esto? ¿Entre todas estas cosas sólo hay una que constituye el verdadero camino hacia la eterna felicidad? Sin embargo, en esta diversidad de senderos que siguen los hombres, aún dudamos cuál es el verdadero; mas ciertamente no será el cuidado del Estado ni su derecho a promulgar leyes lo que hagan este camino hacia el cielo más evidente para el magistrado que para el particular, cuya búsqueda e investigación lo hacen descubrirlo dentro de sí mismo”.* (Ídem, p. 17).

<sup>35</sup> Ídem, p. 20.

<sup>36</sup> Ídem, p. 10.

<sup>37</sup> Ídem, p. 7.

*“El poder del magistrado no es extensivo al establecimiento de ningún artículo de fe, o formas de culto, por la sola fuerza de sus leyes. Puesto que las leyes carecen de toda fuerza si no se acompañan con sanciones, y éstas no son en absoluto pertinentes en este caso, porque no sirven para convencer al intelecto. Ni la profesión de un artículo de fe ni tampoco la conformidad a una forma externa de culto, como ya lo hemos dicho, pueden ser útiles para la salvación de las almas, salvo que la verdad de una y la aceptabilidad de la otra ante Dios sean íntegramente creídas por aquellos que las profesan y practican”.*<sup>38</sup>

*“El poder civil es el mismo en todo lugar, y ese poder, en manos de un príncipe cristiano, no confiere una mayor autoridad a la iglesia, que la que le confiere en manos de un príncipe pagano; es decir, exactamente ninguna”.*<sup>39</sup>

*“Algunos de estos dogmas religiosos son de orden práctico y otros de orden especulativo. Ahora bien, si ambos persiguen el conocimiento de la verdad, los especulativos lindan con el entendimiento y los prácticos influyen sobre la voluntad y las costumbres. Las opiniones especulativas, por lo tanto, y los artículos de fe que sólo requieren ser creídos, no pueden ser impuestos a ninguna iglesia mediante la ley civil; porque es absurdo que se prescriban por medio de leyes cosas que no pueden ser cumplidas, puesto que creer que algo es o no es verdadero no depende de nuestra voluntad”.*<sup>40</sup> *“Además, el gobernante no debe prohibir la prédica o la profesión de opiniones especulativas en el seno de ninguna iglesia, ya que éstas no guardan relación con los derechos civiles de los súbditos”.*<sup>41</sup>

c) Como hay varias religiones, es decir, varias confesiones cristianas, ha de imperar entre ellas la *tolerancia*, que es el distintivo que las debe caracterizar:

*“La tolerancia es el distintivo y la característica principal de la verdadera iglesia”.*<sup>42</sup>

*“La tolerancia hacia aquellos que difieren de otros en materias de religión es tan conforme al Evangelio de Jesucristo y a la razón genuina de la humanidad, que parece monstruoso que los hombres sean tan ciegos como para no percibir claramente la necesidad y ventaja de ello”.*<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Ídem, pp. 7-8.

<sup>39</sup> Ídem, p. 13.

<sup>40</sup> Ídem, p. 28.

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> Ídem, p. 3.

<sup>43</sup> Ídem, p. 5.

*uso corriente, no deberían ser permitidas a las iglesias en sus ritos sagrados. Sin embargo, el gobernante debe estar atento a no hacer mal uso de su autoridad y no llegar a oprimir a ninguna iglesia bajo el pretexto del bien público”.*<sup>48</sup>

viii) La tolerancia es un principio de convivencia social y política, pero tiene una raíz doctrinaria: que *ninguna confesión religiosa puede decirse poseedora de la verdad.*

*“Algunos se jactan sobre la antigüedad de los lugares y nombres, o sobre la pompa de su culto externo, y otros sobre la forma de su doctrina; y todos sobre la ortodoxia de su fe –puesto que todos se consideran ortodoxos ante sí mismo–, estas cosas, y todas las demás de igual naturaleza, son más bien características de la lucha de los hombres por el poder y por el dominio sobre los demás, que distintivos de la iglesia de Cristo. Aun cuando todos sostengan su derecho sobre estas cosas, si carecen de caridad, mansedumbre y buena voluntad hacia la humanidad, y aun hacia aquellos que no son cristianos, ciertamente estarán muy lejos de ser verdaderos cristianos”.*<sup>49</sup>

*“Toda iglesia es ortodoxa frente a sí misma, pero a la vez es herética frente a las otras. Todo lo que profesa una iglesia es para ella lo verdadero y todo lo contrario a su fe es lo erróneo. De modo que la controversia entre estas dos iglesias acerca de la verdad de sus doctrinas y la pureza de sus cultos, es equivalente en ambas, y no hay juez ni en Constantinopla ni en ningún lugar del mundo que pueda emitir una sentencia al respecto”.*<sup>50</sup>

*“Una vez liberados los hombres del mutuo dominio en materias de religión, veamos lo que les corresponde hacer. Todos saben y reconocen que Dios debe ser adorado en público. ¿Por qué otra razón podrían obligar unos a otros a concurrir a las reuniones públicas? Como en toda iglesia, deben considerarse dos cosas, en especial: las formas y ritos externos del culto y las doctrinas y*

<sup>48</sup> Ídem, p. 24. “Se me dirá: Si una iglesia es idólatra, ¿debe ser también tolerada por el gobernante? A esto contesto preguntando: ¿Qué poder puede ser otorgado al gobernante para suprimir una iglesia idólatra, que no sea el mismo que en otra ocasión o lugar pueda usar para destruir a una iglesia ortodoxa? Pienso que no debe olvidarse que el poder civil es igual en todas partes” (Ídem, p. 25).

<sup>49</sup> Ídem, p. 3.

<sup>50</sup> Ídem, p. 13. En análogo sentido: “Quien pretenda ser sucesor de los apóstoles y asuma la tarea de adoctrinar, estará obligado también a exhortar a sus oyentes acerca de los deberes de la paz y benevolencia hacia todos los hombres, sean éstos heréticos u ortodoxos; a los que difieren de ellos en religión y culto, como asimismo a aquellos que los compartan; y es asimismo su deber exhortar diligentemente a todos los hombres, sean éstos individuos comunes o gobernantes, si es que los hay en su iglesia, al ejercicio de la caridad, la mansedumbre, la tolerancia, y esforzarse acuciosamente en aquietar y templar toda esa ira y aversión que, el ardiente celo por su iglesia o los artificios de otros, han encendido en su corazón contra los disidentes” (Ídem, p. 15).

*dogmas de fe; estas materias deben llevarse en forma claramente diferenciada a fin de que así pueda hacerse más evidente y comprensible todo este tema de la tolerancia".*<sup>51</sup>

*"En lo que respecta al culto externo, digo en primer lugar que el gobernante carece de poder para imponer por medio de leyes –ni en su iglesia ni mucho menos en otras– la práctica de ningún rito o ceremonia para la adoración de Dios, y esto no sólo porque estas iglesias son sociedades libres, sino porque todo lo que se practica en el culto de Dios sólo es justificable en la medida en que aquellos que lo practican estén convencidos sinceramente de que es aceptable a Dios".*<sup>52</sup>

ix) El Estado es absolutamente incompetente en materia religiosa: se trata de una *incompetencia epistemológica* que imposibilita a sus representantes el reconocer el carácter veritativo de alguna religión. De ahí que sea imposible, en el sistema de Locke, justificar la existencia de un Estado *confesional*. El Estado, se deduce, es necesariamente laico, porque es radicalmente incompetente en materia religiosa.

*"Ni el derecho ni la aptitud para gobernar envuelven necesariamente el conocimiento de otras materias, ni mucho menos el de la verdadera religión, ya que si fuese así, ¿por qué los soberanos de este mundo difieren tanto en materias religiosas?"*<sup>53</sup>

*"Si algo no es útil para la comunidad, por muy indiferente que sea, no puede ser establecido por ley. Pero aun más: cosas que pueden ser tan indiferentes como se quieran en su naturaleza, al ser asignadas a la iglesia y al culto de Dios, salen de la jurisdicción del gobernante, ya que en semejante uso son ajenas a los asuntos civiles. El único oficio de la iglesia es la salvación de las almas y no concierne en manera alguna al Estado ni a ninguno de sus miembros imponer el uso de tal o cual ceremonia; tampoco el uso u omisión de cualquiera de estas ceremonias en las asambleas públicas, beneficia o perjudica en absoluto a la vida, la libertad o los bienes de ningún hombre".*<sup>54</sup>

*"Como el gobernante no tiene la facultad de imponer legalmente el uso de ningún rito o ceremonia a iglesia alguna, tampoco tiene la potestad de prohibir*

<sup>51</sup> Ídem, p. 20.

<sup>52</sup> Ídem, p. 21.

<sup>53</sup> Ídem, p. 18.

<sup>54</sup> Ídem, p. 21. En un sentido análogo: "Vemos, por consiguiente, que las cosas indiferentes, aun cuando estén bajo la potestad del gobernante, no pueden ser introducidas por éste en el ámbito de la religión e impuestas en las asambleas religiosas; puesto que al entrar al culto de Dios, dejan de ser cosas indiferentes"(Ídem, p. 23).

*el ejercicio de tales ritos y ceremonias que cada iglesia ha recibido, aprobado y practicado, puesto que, si lo hiciese, destruiría a esa iglesia, cuya única finalidad es adorar a Dios con libertad, según su propia convicción. Diréis que, al seguir esta regla, si algunas congregaciones concibieran el sacrificio de niños, o (como se acusaba injustamente a los primeros cristianos) la corrupción en la promiscuidad y la lujuria, o la práctica de otros excesos similares ¿correspondería, entonces, al gobernante tolerarlos, ya que se desarrollan en el ámbito de una congregación religiosa? A esto contesto en forma negativa. Tales cosas no son legítimas en el curso ordinario de la vida ni tampoco lo son en la adoración de Dios ni en ninguna asamblea religiosa. Mas, sin duda, si algunos se reúnen por razones de religión y quisieran sacrificar un becerro, niego que esto pudiera ser prohibido mediante una ley”.<sup>55</sup>*

*“Una buena vida, lo que no es materia de poca monta en la religión y la verdadera piedad, atañe también al gobierno civil y en ella descansa la seguridad de las almas y de la comunidad. Las acciones morales pertenecen, por ello, tanto a la jurisdicción externa como a la interna, vale decir, a la esfera del gobernante civil y a la doméstica, lo que significa finalmente a la del príncipe y a la de la conciencia”.<sup>56</sup>*

*“Habiendo ya explicado esto, es fácil entender cuáles son los fines que guían y limitan al Poder Legislativo, el que no puede legislar sino para el bien temporal y la prosperidad material de la sociedad, que son las únicas razones para que los hombres se unan a ella y el solo propósito que buscan y persiguen en ésta. Asimismo, es evidente que los hombres conservan su libertad en lo referente a su salvación eterna, es decir, que todos deben hacer lo que en conciencia estimen que es grato al Todopoderoso, ya que de su buena disposición y consentimiento depende la salvación eterna”.<sup>57</sup>*

*“Tal vez algunos dirán que no piensan que el juicio infalible, que todos los hombres deben seguir en religión, pertenezca al magistrado civil, sino a la iglesia. Lo que dictamina la iglesia es refrendado por el magistrado mediante su autoridad; y ésta prescribe que nadie actúe o crea en materias religiosas sino lo que la iglesia ha ordenado; coloca finalmente todo juicio acerca de estas materias en manos de ésta; y el gobernante al someterse a ella exige la misma obediencia de los demás. A este argumento respondo: (...) La estrecha senda que conduce al cielo no es más conocida por el gobernante que por cualquier otro individuo y, en consecuencia, no puedo confiarme en su guía, ya que probablemente él*

<sup>55</sup> Ídem, pp. 23-24.

<sup>56</sup> Ídem, p. 29

<sup>57</sup> Ídem, p. 30.

*desconozca esta senda tanto como yo, y con seguridad se preocupará menos por mi salvación que yo mismo*".<sup>58</sup>

De acuerdo a lo que hemos expuesto, la llave de solución para armonizar la intolerancia-tolerancia de Locke está en considerar sus premisas filosóficas antimetafísicas y sensistas que niegan *a priori* la posibilidad del entendimiento humano de conocer una realidad metaempírica como es la verdad religiosa. No existe en este ámbito una verdad que conocer y amar, sino simples creencias subjetivas, sin contenido dogmático seguro, basadas muy próximamente en la fe fiducial luterana, trasformada en emoción y sentimiento de salvación personal. Lógicamente, no hay en este cuadro "Iglesia", sino que "iglesias", con minúscula, pues son formadas por la voluntad del hombre. ¿De qué modo se puede fundar en esta doctrina el Estado laico?

#### **4. De la tolerancia al Estado laico**

La tolerancia defendida por Locke no es tan inocente como sus divulgadores acostumbran a presentarla. Y es porque desde un punto de vista histórico la apología de Locke se sitúa en el vértice de la transición en el mundo protestante –específicamente anglicano– del Estado confesional al laicismo de Estado.

Precisemos. No se afirma que el rey haya dejado de ser la cabeza de la Iglesia en Inglaterra, lo que históricamente sería inexacto, pues incluso hasta el día de hoy la reina Isabel II mantiene el título de "*defensora de la fe*". Se trata más bien de que la libertad religiosa basada en la tolerancia sirve como instrumento para establecer gradualmente el Estado laico como modelo constitucional en las relaciones poder público-esfera religiosa. Teóricamente, esta conclusión es inequívoca si se tiene en cuenta que la doctrina de la tolerancia lockeana afirma, a modo de escala que sube hasta las puertas del laicismo, las siguientes tesis:

- (i) La independencia-separación entre el Estado y la(s) iglesia(s)
- ii) La negación de que la Iglesia sea una sociedad perfecta con potestad indirecta sobre los negocios temporales.
- iii) La reducción consecutiva del género de lo religioso a una pluralidad de confesiones, iguales entre sí, sin pretensiones de origen divino, definidas por la asociación voluntaria de quienes comparten unas mismas creencias subjetivas, sin contenido dogmático definido.
- iv) La incompetencia del Estado en materia religiosa, no en razón del reconocimiento de la trascendencia de la finalidad eclesiástica, sino en virtud de la señalada subjetividad.

<sup>58</sup> Ídem, pp. 23-24.

v) La verdad religiosa no existe hablando en términos propios. Es imposible, por tanto, que el Estado esté al servicio de una tal especie de verdad a través de la profesión de una fe y un culto público y oficial. A lo más, ello puede existir por una razón histórica, pero sin justificación filosófica.

Locke, en consecuencia, es un precursor del Estado laico. Valerio Zanone constata a este propósito: *“El concepto moderno de laicismo abarca no apenas la distinción entre Estado e Iglesia, sino también la concepción de la Iglesia como siendo una asociación voluntaria. Estos dos elementos aparecen en el pensamiento de los puritanos ingleses, en los escritos de John Milton sobre la libertad religiosa y de John Locke sobre la tolerancia. El principio según el cual “el Estado nada puede en materia puramente espiritual, y la Iglesia nada puede en materia temporal” es afirmado por Locke en la “Epistola de tolerancia” (1689): el poder político no debe emitir juicios sobre la religión, no teniendo competencia para dar definiciones en materia de fe; de su lado la Iglesia debe mantener la propia autoridad en el campo espiritual que le es propio. Como la finalidad de la religión es llevar al hombre a alcanzar la vida eterna mediante el culto prestado a Dios, las leyes eclesiásticas no deben hacer referencia a los bienes terrenos ni apelar a la fuerza, que pertenece únicamente al magistrado civil; la única fuerza de la cual el poder eclesiástico es legítimamente depositario es la fuerza de la persuasión, que tiene por objetivo promover la libre adhesión de la conciencia individual, y la única sanción para los que no concordaren es que, colocándose contra la Iglesia, ellos no podrán pertenecer más a ella”.*

*“El enfoque de la recíproca autonomía que Locke da a la relación entre religión y política se encuentra en los sucesivos escritores políticos que buscaron la conciliación entre el liberalismo y la doctrina cristiana”.*<sup>59</sup>

Zanone no penetra del todo en el fondo de los presupuestos lockeanos, pues no basta con afirmar que nuestro autor es un precedente del Estado laico, sino que hay que precisar qué grado de lo “laico” asume. Esta pista está disponible a partir de ciertas rectificaciones que se pueden hacer a las palabras de Zanone recién citadas:

i) La doctrina clásica también sustenta la autonomía del orden político y del orden religioso, por lo que hablar simplemente de “autonomía” de lo temporal no basta para caracterizar al Estado laico. Es necesario precisar si se trata de una “autonomía” de *distinción-subordinación* o una “autonomía” de *separación-independencia*. La primera es una autonomía en razón de la *materia*, no en

<sup>59</sup> Valerio Zanone, voz *Laicismo*, en Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, y Gianfranco Pasquino (Eds.), *“Diccionario de la política”*, op. cit., p. 671.

relación al *fin* absoluto y trascendente al que esa materia está subordinada. Esta autonomía es el sustrato de la doctrina gelasiana que el laicismo rechaza: por causa del fin último universal para todos los hombres, que es eterno y está al cuidado de la Iglesia, el Estado, que es autónomo en materia temporal, no sólo no puede obstaculizar la posibilidad de alcanzar ese fin desde la vida temporal, sino que a su modo debe favorecerlo. El Estado neutro es ya un modo de no favorecerlo.

Locke evidentemente rechaza esta doctrina de la autonomía distinción-subordinación, que hace parte del patrimonio cristiano, en cuanto establece una autonomía no solo de *materia*, sino de *fin*; en otras palabras, establece la independencia del Estado respecto de la religión revelada, que en su caso es encarnada por la iglesia anglicana, que en todo caso es una institución asociativa voluntaria basada en las creencias subjetivas. Locke, en consecuencia, defiende una "autonomía" de *separación-independencia*, tan cara al laicismo.

ii) La doctrina clásica nunca ha atribuido a la Iglesia la capacidad de imponer directa e inmediatamente penas con el uso de la fuerza. La fuerza está entregada, al principio, al poder político. Por ello, la doctrina de Locke no puede formularse del modo que Zanone expone, aun cuando el mismo Locke en más de una ocasión cae en este lenguaje equívoco. En realidad, lo que nuestro filósofo sustenta es la negación de la potestad *indirecta* de la Iglesia en los asuntos temporales mediando razón de pecado, en virtud de lo cual el poder político queda al servicio de la Iglesia para la ejecución de ciertas sanciones mediante el uso de la fuerza dentro de ciertos límites. Y en un plano más amplio, la legalidad humano-positiva del Estado queda sujeta al definitivo juicio de valor de la Iglesia, tutora de la ley natural, en materias sustancialmente morales. Ambas cosas son negadas por Locke. Y ambas negaciones son propiedades del laicismo.

¿Qué laicismo y cuál Estado "laico" puede fundarse desde la doctrina de Locke?  
 ¿El laicismo positivo, neutro o negativo? ¿El Estado laico fundado en la *laicidad* o en el estricto *laicismo*?

Para dar con una respuesta satisfactoria, es interesante observar que en su "*Carta de la tolerancia*" Locke habla sólo una vez de la libertad religiosa como *derecho natural*.<sup>60</sup> El resto de las veces habla de "*tolerancia*". Asimismo, emplea

<sup>60</sup> Nuestro autor se refiere propiamente a la "libertad de conciencia" en materia de religión y a su proyección externa: "Estas acusaciones cesarían muy pronto si la ley de la tolerancia se determinase en tal modo que todas las iglesias se obligaran a proclamar que la tolerancia es el fundamento de su propia libertad y a enseñar que la libertad de conciencia es un derecho natural del hombre, que pertenece por igual a los disidentes como a ellos mismos, y que nadie puede ser obligado en materias de religión, ni por ley ni por la fuerza. Si estableciéramos estos principios, desaparecería toda causa de agravios y tumultos por razón de conciencia" (Cfr. "Carta sobre la tolerancia", op. cit., p.34) "Diccionario de la política", op. cit., p. 671.

—de modo bastante cuestionable en cuanto al rigor exegético— citas bíblicas para fundar un derecho que se supone natural (para el que no haría falta citar las Escrituras), o a veces apela al comportamiento general de la humanidad nuevamente a través del modelo de la tolerancia. Pero no hay rigurosamente un intento de demostración de por qué la libertad religiosa es un derecho natural y cuál es su fundamento.<sup>61</sup>

Es claro el escepticismo de Locke en estos temas. Sus convicciones deístas se traslucen como fogatas en la noche a lo largo de su opúsculo. La religión *positiva* para él cumple una función en la sociedad desde un punto de vista meramente *pragmático*, no *veritativo*:

(a) La religión, genéricamente considerada, es tratada sólo como un dato *sociológico*, y en cuanto tal ha de ser tenida en cuenta en la teoría política como expresión de la libertades individuales. Pero no correspondiendo a nada real, no existiendo una religión *objetiva*, como la vida objetiva o las posesiones materiales *objetivas*, cada cual puede elegir o renunciar a la forma de culto que quiera.<sup>62</sup>

(b) La religión, específicamente la *cristiana*, no se ha de distinguir esencialmente por su elemento dogmático —las verdades que hay que creer— ni de culto —manera de honrar a Dios, la liturgia, etc.—, sino por su moral, en cuanto incentiva a los súbditos a practicar ciertas virtudes —caridad, mansedumbre, etc.— que son beneficiosas para la convivencia civil. Es decir, la religión es algo valioso en la misma medida en que ayude a moralizar las relaciones sociales desde el ámbito privado.

(c) Dado que en Inglaterra existe una religión oficial —el credo anglicano, cuya cabeza es el rey—, pero diversos credos protestantes menores, es necesario que impere la *ley de la tolerancia* entre ellos. Locke apela al argumento de la esencia del cristianismo, cual sería amar al hermano (¡que reducción más elemental!), pareciéndole absurdo que se luche por cuestiones de credo o culto, cuando todos son hijos de un mismo padre.

<sup>61</sup> Locke, en general, se muestra reacio a formular tal tipo de demostraciones. Al analizar las libertades individuales lo hace únicamente con el derecho de propiedad (Cfr. *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Cap. IV, N°s 25 a 51. En el N° 41 habla explícitamente de demostración), de ahí el malentendido de algunos tratadistas que han considerado que la propiedad es el único derecho fundamental en Locke, lo que es un error.

<sup>62</sup> "Ningún hombre está por naturaleza ligado a ninguna iglesia o secta en particular, sino que cada cual se une voluntariamente a la sociedad en que cree que ha encontrado aquella profesión y culto que es verdaderamente aceptable a Dios. Las esperanzas de salvación, al ser la sola causa de su ingreso a esa comunión, deben ser también la única razón de su permanencia en ella" (Cfr. "Carta sobre la tolerancia", op. cit., pp. 8-9).

Es claro que un cristianismo *genérico* carente de dogma y de culto, como lo concibe Locke, no es propiamente *el* cristianismo, sino, a lo más, un humanitarismo sentimental y desvaído.

En razón de lo expresado en las letras (a), (b) y (c), creemos que el pensamiento de Locke se aviene más con un laicismo *neutro*, al menos en su universo histórico de las religiones protestantes. No obstante, su intolerancia con el catolicismo es una manifestación clara de laicismo *negativo*, en una postura extremista del uso del poder político que ni el mismo Hobbes se atrevió a formular en un caso concreto, por cierto tan universal. Esto hace difícil determinar qué modelo de Estado laico encuentra su antecedente en Locke. El laicismo negativo es inherente al Estado laico fundado en el laicismo estricto. El laicismo *neutro* de *indiferencia*, como también se manifiesta en Locke, es propio del Estado laico fundado en la *laicidad*. Quizás pueda decirse que Locke, por el conjunto de su doctrina, sea un precursor del segundo, teniendo en cuenta que, como advertimos, ambos son parte de un mismo movimiento pero de velocidades distintas. Ambos tipos de laicismo funcionan sin embargo como puntales del Estado "neutro" contemporáneo, que de cualquier forma no es un Estado "árbitro", sino un Estado "totalizador", feliz de no encontrar fuera de sí ningún límite intangible. Sólo resta una sociedad desarticulada por el individualismo desmenuzador.

Desde un punto de vista histórico, Marcel Gauchet ha mostrado cómo la trayectoria de la laicidad está íntimamente ligada a la historia del Estado, en tanto que éste se convierte en uno de los principales operadores del proceso de privatización de lo religioso. La tolerancia, articulada teóricamente por Locke (y por Bayle) solo pudo ser elevada a principio constitucional en la misma medida que el Estado laico se erigió sobre una base absolutista en materia de religión.<sup>63</sup> Massimo Jasonni observa que "*Después del siglo XVIII, eliminados todos los residuos del poder de carácter feudal y burocrático, el Estado, inspirado en concepciones racionalistas, como el laicismo y el agnosticismo, llama a sí a toda la esfera de los derechos y obligaciones de los súbditos, afirmando su competencia en la propia regulación del fenómeno religioso. Invertidos los términos, es ahora el Estado que se arroga la llamada competencia de las competencias o la autoridad de definir qué es propio de sus atribuciones y lo que eventualmente podrá caer a la Iglesia. Tal forma de Estado, que encontrará en el hegelianismo su culminación teórica y en la realidad política se concretizará en expresiones antitéticas, como, por ejemplo, el Estado autoritario o el Estado democrático*".<sup>64</sup> En ese plano, hoy cobra

<sup>63</sup> Marcel Gauchet, *La religion dans la démocratie: Parcours de la laïcité*, Gallimard, Paris, 1998. Del mismo autor, *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, Paris, 1985 y *La condition historique*, Stock, coll. "Les essais", Paris, 2003.

<sup>64</sup> Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (eds.), "Diccionario de la política", versión de Editora UNB, Brasilia, 1983, Vol. I (11ª edición), p. 216.

nueva vida la tesis de Carl Schmitt, endosada a su modo por H. Blumenberg, R. Koselleck y K. Löwith de que *"todos los conceptos significativos de la teoría moderna del Estado son conceptos teológicos secularizados"*.<sup>65</sup>

De cualquier forma, la doctrina de la tolerancia de Locke se ofrece hoy embriada al servicio del liberalismo político y del Estado laico en declinio. Nuestro autor articuló la panoplia de su desposorio, pero no vio en perspectiva lo que tempranamente Hegel caló en perspectiva, según la cita que a su pesar trae Jürgen Habermas en las páginas de su "Discurso filosófico de la modernidad": *"La gloriosa victoria que la razón ilustrada ha cosechado sobre aquello que conforme al escaso grado de su visión religiosa consideraba como fe, es decir, como lo opuesto de sí; cuando se miran las cosas más atentamente no ha consistido sino en que ni ha quedado en pie lo positivo contra lo que la razón emprendió su lucha, es decir, la religión, ni tampoco ha quedado en pie el vencedor, es decir, la razón"*.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlín [1922]; Duncker & Humbolt 1996, p. 43. Existe traducción al español por Struhart & CIA, 1998.

<sup>66</sup> Jürgen Habermas, *"El discurso filosófico de la modernidad"*, Taurus, Madrid, 1993, pp. 37-38.

# La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos

**Carlos Poblete Jiménez**

Director del Departamento de Derecho del Trabajo  
y la Seguridad Social, Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DE CHILE

**Claudio Palavecino Cáceres**

Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo  
y la Seguridad Social, Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DE CHILE

## Introducción

Por imposición de la legislación laboral, el empresario que contrata con otro la ejecución de determinadas obras o servicios ha debido transformarse en codeudor solidario y fiscalizador de las obligaciones laborales, previsionales y hasta tributarias<sup>1</sup> de sus contratistas y subcontratistas. A las cargas que explícita e implícitamente trajo la ley de subcontratación, se añade el peso de lo que podríamos llamar "su mitología". En efecto, durante la vigencia de la nueva legislación se ha pretendido imponer a las empresas que subcontratan obras o servicios, obligaciones que no tienen ningún fundamento jurídico, sino que son fruto de la mera imaginación, del malentendido o derechamente de la mala fe. Son los mitos de la subcontratación.

Uno de estos mitos es la idea según la cual la empresa principal estaría obligada a negociar colectivamente con los trabajadores de sus contratistas. Bajo el influjo de semejante quimera se han producido en el país movimientos de presión por parte de trabajadores de empresas contratistas que, atentando contra el orden público, buscan imponer una negociación colectiva informal, no con sus respectivos empleadores, sino que directamente con la empresa principal.

<sup>1</sup> Véase, Palavecino, C.: "Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año IX, N° 18, julio 2008, pp. 539-553.

El mecanismo de presión para lograr este objetivo es la toma o bloqueo de los accesos a las instalaciones industriales de la empresa principal. Este bloqueo impide al respectivo establecimiento funcionar, quedando de esta manera paralizado, con las consecuentes pérdidas económicas que dicha circunstancia conlleva. Y todo ello con la incomprensible lenidad de las autoridades que tienen el poder-deber de mantener el orden público y de restaurarlo cuando resulta perturbado por actos ilícitos.

Considerando la gravedad de estos antecedentes, nos ha parecido relevante desarrollar en este trabajo los siguientes temas:

1. Inoponibilidad de pretensiones colectivas de trabajadores y organizaciones sindicales de empresas contratistas y subcontratistas frente a la empresa principal;
2. Ilícitos cometidos por trabajadores y organizaciones sindicales con ocasión de la negociación colectiva;
3. Vías jurídicas que puede utilizar la empresa principal ante ilícitos cometidos por trabajadores u organizaciones sindicales de empresas contratistas y subcontratistas, con ocasión de la negociación colectiva y que afectan los intereses de aquélla;
4. Ilícitos en que incurren los funcionarios públicos por denegación de tutela.

## **1. Inoponibilidad de pretensiones colectivas de trabajadores y organizaciones sindicales de empresas contratistas y subcontratistas frente a la empresa principal**

### **1.1. Contenido del derecho a negociar colectivamente y partes legitimadas para negociar conforme a la Constitución Política de la Republica**

La Carta Fundamental se refiere a la negociación colectiva en su art. 19 N° 16 inciso sexto. Podemos sintetizar cuatro aspectos fundamentales, los cuales constituyen el contenido esencial de este derecho:

- 1) Sólo se consagra como derecho constitucional la negociación al interior de la empresa (“con la empresa en que laboren”).
- 2) La ley determinará “los casos” en que no se pueda negociar (el Código del Trabajo prohíbe la negociación colectiva en ciertas empresas y a ciertos trabajadores).
- 3) La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva (el Código permite distinguir entre negociación reglada y no reglada o informal; infra y supraempresas; y sindical y coaligada) y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica (arbitraje, mediación).

- 4) La ley señalara los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, que corresponderá a tribunales especiales cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

Importa averiguar, para determinar el alcance de la eficacia personal del derecho a negociar colectivamente, cuál es el contenido del mismo. A diferencia de otros "derechos sociales" (como la justa retribución), el derecho a la negociación colectiva ha sido configurado por el constituyente como derecho subjetivo perfecto, desde que la norma constitucional define precisamente a los agentes negociadores y, por ende, tanto al titular o sujeto activo del derecho como al sujeto pasivo de la obligación correlativa. "*La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores*", comienza señalando el inciso sexto del numeral 16 del art. 19 CPR. La expresión "negociación" se refiere, según el diccionario de la RAE, a "los tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto". Por tanto, cuando el constituyente ha señalado como derecho de los trabajadores a la "negociación" ha querido establecer la posibilidad de exigir la discusión sobre sus condiciones laborales con miras a la conclusión de un acuerdo sobre las mismas. El deber correlativo que se impone a la empresa implica aceptar "tratar" con los trabajadores, vale decir, aceptar comunicarse con ellos para los efectos de revisar las condiciones laborales pactadas. A pesar de que el Código del Trabajo (CT) no contiene una norma explícita que declare el deber de negociar del empleador, aparece claro que éste está obligado, cuando menos, a la evacuación dentro del plazo establecido de la correspondiente contestación, pues aquel cuerpo legal establece un doble mecanismo sancionatorio para el caso de incumplimiento.

En efecto, el art. 332 CT contempla dos sanciones:

1. Si el empleador no diere respuesta al proyecto de los trabajadores oportunamente, será sancionado con una multa ascendente al 20% de las remuneraciones del último mes de todos los trabajadores comprendidos en el proyecto de contrato colectivo.

La multa será aplicada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva y de ella podrá reclamarse con arreglo al procedimiento que establece la propia ley.

2. Llegado el vigésimo día de presentado el proyecto de contrato colectivo, sin que el empleador le haya dado respuesta, se entenderá que lo acepta, salvo prórroga acordada por las partes, de conformidad con el inciso segundo del art. 329 CT.

En relación con el ámbito subjetivo, la norma constitucional concede la titularidad del derecho a "los trabajadores". La ley define "trabajador" señalando

que lo es “toda persona natural que presta servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo” (art. 3° letra b) CT). De esta manera el inciso sexto del numeral 16 viene a acotar el alcance más amplio del encabezado del propio art. 19 CPR, desde que el derecho a la negociación colectiva no se lo asegura ya “a todas las personas”, como parte señalando el precepto, sino únicamente “a los trabajadores”. Estamos, pues, ante un derecho constitucional-laboral específico, puesto que sólo cobra sentido y operatividad en el marco del contrato de trabajo.

En cuanto al sujeto pasivo del deber de negociar, la norma constitucional designa como tal a “...la empresa en que laboren [...] los trabajadores”. De esta manera, el precepto constitucional nos entronca con el concepto de empresa y su significación dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, muy en especial, en el marco del derecho del trabajo.<sup>2</sup>

El art. 3°, inc. 3°, CT define empresa como: “...toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”. Este concepto legal es fácilmente descomponible en una dimensión material o fáctica y en una dimensión jurídica o formal.

La dimensión material o fáctica consiste en elementos o “medios” de diversa naturaleza, organizados hacia fines, también de diversa naturaleza, por una dirección unitaria (“...bajo una dirección...”).

La dimensión normativa o formal corresponde a la exigencia de una “individualidad legal determinada”. Elemento indispensable para que la empresa transite desde la condición de mero objeto negocial a la de sujeto de derecho. Pues la empresa en cuanto mero *factum* (conjunción finalizada de factores productivos), es para el derecho simplemente “cosa”, objeto de explotación y tráfico por quien detente sobre ella dominio, posesión o mera tenencia. Por tanto, si se quiere subjetivar este *factum* y separarlo de su titular será preciso revestirlo de una determinada forma. Y, en efecto, lo usual será que la organización empresarial se enmarque en cualquiera de los diversos vehículos societarios que ofrecen el derecho civil y el derecho mercantil, o bien bajo las figuras asociativas sin fines de lucro (corporaciones y fundaciones) del derecho común, formas todas ellas que darán lugar a la personalidad jurídica o moral. En principio, uno podría decir que quien actúa en el tráfico jurídico celebrando contratos,

<sup>2</sup> Véase Palavecino, C.: “El concepto de empresa y su problemática”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 168, julio 2008, pp. 80-85. (La Semana Jurídica) N° 11 (12-18 abril 2006) pp. 125-126.

contrayendo o extinguiendo obligaciones, no es jamás la empresa en cuanto mera realidad fáctica, sino la persona jurídica que es el sujeto de derechos, a quien el ordenamiento reconoce capacidad de goce y de ejercicio de derechos subjetivos. Y es que *"para todos los efectos legales"* sólo puede ser empleador una *"persona natural o jurídica"*, según la definición de *"empleador"* contenida en la norma del art. 3° letra a) del Código del Trabajo.

Coherentemente con nuestro régimen constitucional, el cual reconoce la propiedad privada de los medios productivos y ampara la libertad económica, corresponde al dueño o titular de la organización de factores productivos la decisión de mantenerla dentro de su patrimonio y operar en el tráfico jurídico como persona natural o transferirla a *"una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente"* (art. 545, inc. 1°, CC).

De manera que cuando la Carta Fundamental señala a *"la empresa"* como agente negociador y sujeto pasivo del deber de negociar no ha podido sino referirse al *"empleador"*, vale decir, a la persona natural o jurídica que utiliza los servicios del trabajador en virtud de un contrato de trabajo (art. 3° a) CT).

Se ha observado, también, que la norma del inciso sexto del numeral 16 del art. 19 CPR determina el ámbito de la negociación colectiva radicándolo únicamente al nivel de la empresa. *"En consecuencia, en cualquier nivel distinto de la empresa los trabajadores no tienen derecho a la negociación colectiva, sino que una mera facultad, cuya efectividad quedará supeditada a la regulación legal y, en último término, a la voluntad de los empleadores, para quienes no existe, salvo en el ámbito de la empresa, el deber de negociar"*.<sup>3</sup>

## **1.2. Partes legitimadas para negociar colectivamente conforme al Código del Trabajo**

Como lo sostiene ROJAS MIÑO, el Plan Laboral definió la titularidad en la negociación colectiva. Por la parte empresarial, es el respectivo empleador de la empresa de que se trate, mientras que por la parte laboral el modelo normativo estableció una doble titularidad: la del sindicato de empresa y la del grupo de trabajadores que se organizare para tal fin; pudiendo existir al interior de cada empresa una multiplicidad de titulares de los trabajadores, pero que sólo representan los intereses de los trabajadores afiliados o adheridos a cada sindicato

<sup>3</sup> Caamaño, E., y Ugarte, J. L.: *Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p. 34.

o grupo negociador.<sup>4</sup> La configuración original de los sujetos colectivos no ha variado en lo sustancial hasta el día de hoy.

En efecto, el art. 303 CT define la negociación colectiva reglada como *el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unen para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas que el propio Código establece.*

Por su parte, el art. 314 CT se refiere a la negociación colectiva informal, en los términos siguientes: *sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.*

El art. 314 bis CT admite también una negociación informal coaligada, esto es, con trabajadores que se unen para tal efecto, cumpliéndose los requisitos mínimos que el mismo precepto establece.

La Ley 19.069, de 30 de julio de 1991, permitió que la negociación colectiva pudiera sobrepasar el nivel de la empresa e involucrar a varias empresas en conjunto o a través de un sindicato interempresa, de una federación o de una confederación.<sup>5</sup> Con todo, los arts. 303 inciso final y 334 letra a) CT exigen, para negociar en esta forma, que *la o las organizaciones sindicales respectivas lo acuerden en forma previa con el o los empleadores respectivos, por escrito y ante ministro de fe.*

De las disposiciones legales referidas aparece claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, la parte patronal, bajo cualquier modalidad de negociación colectiva, es siempre el empleador, definido para este y *"todos los efectos legales"* por el artículo 3° letra a) del Código del Trabajo como *"la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo"*.

Si bien "la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha reconocido los gru-

<sup>4</sup> Rojas, I.: "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral", en Revista *Ius et Praxis* 13 (2007) 2, pp. 196 ss.

<sup>5</sup> En contraste con el art. 282 del Código del Trabajo de 1987, que señalaba: "Queda absolutamente prohibida la negociación colectiva de un empleador, o más, con trabajadores de más de una empresa, sea por el procedimiento de negociación que señala este libro o en cualquier otra forma".

pos de empresas en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo y para efectos de atribuirles las responsabilidades empresariales en el cumplimiento de las obligaciones de trabajo”,<sup>6</sup> prescindiendo en tales casos de la dispersión societaria y rearticulando al grupo como una sola entidad (empresa) para los efectos jurídico-laborales, mediante el expediente de “levantar el velo” de la personalidad jurídica, no ha extendido la misma solución a los conflictos colectivos. Cierta sector de la doctrina se queja que “la Corte Suprema ha resuelto el problema de la tensión entre la multiplicidad de personas jurídicas (razones sociales), y la existencia de una sola estructura de mando y subordinación (un empleador), en favor de las primeras, validando la práctica de que la división de la sociedad se traduzca en una seria afectación de los derechos colectivos del trabajo”.<sup>7</sup>

### **1.3. Ausencia de normas especiales relativas a la legitimación para negociar colectivamente en la Ley N° 20.123 sobre trabajo en régimen de subcontratación y empresas de servicios transitorios**

El 14 de enero de 2007 se inició la vigencia de la Ley 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. La ley desplaza la responsabilidad por obligaciones laborales y de la seguridad social que afectan al empleador hacia terceros ajenos al contrato de trabajo. Este desplazamiento de responsabilidades surge directa y objetivamente de la ley, sin que la voluntad de estos terceros juegue papel alguno para determinar su atribución. La ley altera, de esta manera, el efecto relativo del contrato de trabajo.<sup>8</sup>

Con todo, la irradiación de responsabilidad hacia la empresa principal viene limitada por la propia ley a “*las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral*” (art. 183-B CT). De acuerdo con la historia fidedigna del precepto, establecida en el mensaje del último veto presidencial que afectó al proyecto se quiso excluir del ámbito objetivo de la responsabilidad del empresario principal las obligaciones de hacer y las de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer. Por consiguiente, la responsabilidad de la empresa principal no se extiende al deber de negociar colectivamente que

<sup>6</sup> Aylwin, A., y Rojas, I.: *Los grupos de empresas en el derecho chileno*, 2ª edición, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 93.

<sup>7</sup> Ugarte, J. L.: “La actual Corte Suprema y su particular concepto de empresa para efectos de la negociación colectiva”, en *La Semana Jurídica*, N° 382, noviembre 2008, p. 2.

<sup>8</sup> Palavecino, C.: *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 57.

podiera afectar al contratista o subcontratista, porque dicho deber se traduce en una obligación de hacer.

Por otra parte la ley no introdujo normas especiales, distintas a las ya comentadas en los acápite anteriores, sobre la legitimación para negociar colectivamente, omisión que ha suscitado críticas en algunos sectores de la doctrina laboral. Así, se señala que “la ley no aborda este punto, y sería deseable en el futuro buscar una fórmula para facilitar el ejercicio de derechos constitucionales del trabajador, especialmente la libertad sindical, donde una fórmula interesante a explorar sería atribuir al sindicato de la empresa usuaria, cuando exista, la representación sindical de estos trabajadores, si ellos se lo solicitan, y en todas aquellas materias referidas a condiciones comunes de trabajo que afecten a este tipo de trabajadores, aunque sin incluir la negociación colectiva con la usuaria, ya que en el esquema legal vigente dicho derecho siempre debería ejercerse ante el empleador, esto es, ante la empresa de servicios transitorios”.<sup>9</sup> En igual sentido “procede llamar la atención sobre los otros derechos fundamentales de los trabajadores transitorios que fueron olvidados por la Ley N° 20.123 y que son los de sindicación y de negociación colectiva, los que al no recibir un tratamiento especial acorde con las particularidades de la relación jurídica triangular que da forma al suministro de trabajadores quedarán sujetos a las reglas generales del CT, todo lo cual redundará en su más absoluta ineficacia”.<sup>10</sup>

#### **1.4. Inoponibilidad de procesos de negociación colectiva formal e informal que involucran a empresas contratistas y subcontratistas frente a la empresa principal**

Conforme a lo expresado en los acápite anteriores, el ordenamiento jurídico chileno, tanto en el estrato constitucional como en el legal, reconoce a los trabajadores el derecho a negociar colectivamente. El ejercicio de este derecho supone la existencia de una obligación o deber correlativo de negociar que, de acuerdo al modelo normativo vigente, afecta únicamente al empleador, esto es, a “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. (art. 3°, letra a) CT).

En la situación del trabajo en régimen de subcontratación –salvo hipótesis de simulación u otros subterfugios– el derecho a negociar colectivamente de los trabajadores del contratista impone la obligación correlativa únicamente a este último en su calidad de empleador, sin alcanzar a la empresa principal,

<sup>9</sup> Ugarte, J. L.: “Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores”. *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, N° 1, p. 29.

<sup>10</sup> Caamaño, E.: “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”. *Ius et Praxis*, 2007, vol.13, N° 2, pp. 157-194.

que es un tercero ajeno al contrato de trabajo. Los procesos de negociación colectiva formal o informal que involucren a sus contratistas o subcontratistas son inoponibles frente a la empresa principal, de una parte, porque la ley ha limitado su responsabilidad frente a los trabajadores de contratistas y subcontratistas a obligaciones de naturaleza pecuniaria, excluyendo las obligaciones de hacer y, por otra parte, no se ha establecido normativa especial que amplíe la legitimación negocial a sujetos distintos que el empleador laboral.

## **2. Ilícitos cometidos por trabajadores y organizaciones sindicales con ocasión de procesos de negociación colectiva formal e informal**

### **2.1. Ilícitos de naturaleza laboral (prácticas desleales)**

El CT estima prácticas desleales *todas* las acciones del empleador, de los trabajadores y/o de las organizaciones sindicales en su caso, que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos; sin perjuicio de tipificar, además –sin carácter taxativo–, comportamientos específicos.

En lo que dice relación con las prácticas desleales del trabajador, de las organizaciones sindicales o de éstos y del empleador. De acuerdo con el art. 388 CT, incurren especialmente en esta infracción:

- a) Los que ejecuten durante el proceso de negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma;
- b) Los que ejerzan fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva;
- c) Los que acuerden con el empleador la ejecución por parte de éste de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, en conformidad a las disposiciones precedentes, y los que presionen física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos; y
- d) Los miembros de la comisión negociadora que divulguen a terceros ajenos a ésta los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados.

### **2.2. Ilícitos de naturaleza penal (delitos contra la Seguridad Interior del Estado)**

En el contexto de la Ley 12.927 sobre *Seguridad del Estado*, los ilícitos que pueden ser cometidos en un proceso de negociación colectiva están tipificados en el Título III “*Delitos contra el Orden Público*”, y en el Título IV “*Delitos contra la normalidad de las actividades nacionales*”.

Dentro del Título III, *“Delitos contra el Orden Público”*, el art. 6°, en sus letras C) y D), describe dos conductas típicas relevantes

Así, la letra C) castiga a *“los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales, de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos”*.

Es relevante destacar algunos elementos de la conducta típica:

- a) Comprende tanto al instigador o promotor como al ejecutor de hecho y no existe un sujeto activo calificado, de modo que cualquier persona imputable puede incurrir en ella;
- b) Es un tipo material o de resultado y, además, un delito de lesión, pues la acción debe concretarse en un determinado resultado típico y se exige una afectación real y no meramente potencial (peligro) del bien jurídico tutelado. En efecto, la acción debe concretarse en la destrucción, inutilización, paralización, interrupción o daño de instalaciones, medios o elementos o en el impedimento o dificultad de acceso a los mismos. Se establecen figuras agravadas si, además, se diere muerte a alguna persona o se le infirieren lesiones graves o de otro tipo o si el hecho se ejecutare en tiempo de guerra.
- c) Las instalaciones, medios o elementos afectados pueden referirse tanto a servicios públicos o de utilidad pública como a actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales, de comunicación, de transporte o de distribución de naturaleza privada.

El tipo contenido en la letra D) tiene una estructura similar y sanciona a *“los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho, y por cualquier medio, destruyan, inutilicen o impidan el libre acceso a puentes, calles, caminos, u otros bienes de uso público semejantes”*.

La conducta típica es prácticamente la misma que la descrita en la letra C), castigando tanto al instigador-promotor como al ejecutor material sin señalar un sujeto activo calificado, pero el resultado típico (destrucción, inutilización, impedimento del libre acceso) se circunscribe sólo a bienes de uso público (puentes, calles, caminos, etc.). Asimismo se establecen figuras agravadas si, además, se diere muerte a alguna persona o se le infirieren lesiones graves o de otro tipo o si el hecho se ejecutare en tiempo de guerra.

Las conductas tipificadas en las letras C) y D) del artículo 6° de la Ley 12.927,

son sancionadas de conformidad a las disposiciones del artículo 7° inciso tercero, el cual establece las siguientes penas:

*“...presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si se diere muerte a alguna persona o se le infirieren lesiones graves, y con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si el hecho se ejecutare en tiempo de guerra;*

*“...presidio mayor en su grado mínimo, si se infiere cualquiera otra lesión, y con presidio mayor en su grado medio si se ejecutare en tiempo de guerra;*

*“...presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, en los demás casos, y con presidio mayor en su grado mínimo si el hecho se ejecutare en tiempo de guerra”.*

En el Título IV, *“Delitos contra la normalidad de las actividades nacionales”*, el artículo 11 prescribe que *“Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito, y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio.*

*“En la misma pena incurrirán los que induzcan, inciten, o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior. En tiempo de guerra externa la pena será la de presidio o relegación menores en su grado medio a presidio o relegación mayores en su grado mínimo”.*

Cabe destacar algunos elementos de la conducta típica:

- a) Comprende tanto al inductor, instigador o promotor como al ejecutor del hecho y no existe un sujeto activo calificado, de modo que cualquier persona imputable puede incurrir en ella;
- b) Es un tipo material o de resultado y, además, un delito de lesión, pues la acción debe concretarse en un determinado resultado típico y se exige una afectación real y no meramente potencial (peligro) del bien jurídico tutelado. En efecto, *la interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga* debe producir:
  - *alteraciones del orden público;*
  - *perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio; o*
  - *daño a cualquiera de las industrias vitales.*

- c) El objeto de la acción típica puede ser tanto los servicios públicos o de utilidad pública como las actividades de la producción, del transporte o del comercio.
- d) Además el tipo contiene un elemento normativo, conforme al cual la interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga, sólo será típica si se ejecuta "*sin sujeción a las leyes*".

Respecto de la huelga, nuestro ordenamiento jurídico sólo la reconoció como derecho en el marco del procedimiento de negociación colectiva reglado y, además, con una serie de restricciones para su ejercicio. En nuestro modelo normativo laboral, más algunas disposiciones penales vigentes a la fecha, la huelga se encuentra en tres estados: huelga en la negociación colectiva, a la cual se le considera derecho, bajo los requisitos y las limitaciones que establece la ley. Fuera de la negociación colectiva reglada, la huelga constituiría una falta disciplinaria, por lo que tendría efectos contractuales. Además, también puede constituir un delito al tipificarse la *figura "de interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga"*, que contempla el citado artículo 11 de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado.

Los tribunales de nuestro país han señalado, respecto a la huelga con infracción a la Ley de Seguridad del Estado, que ella "...está concebida en nuestra legislación dentro de las etapas de la Negociación Colectiva, de modo que cualquiera otra que se realice tiene el carácter de ilícito en los términos señalados por el artículo 11 de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, que castiga a los que induzcan, inciten o fomenten a alguno de los ilícitos".<sup>11</sup>

En este mismo fallo, la Excma. Corte Suprema alude al considerando quinto de la sentencia de la Corte de Apelaciones, que indica: "De esta forma, pueden existir huelgas lícitas e ilícitas. En nuestro país, la Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como un derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado y de las municipalidades y también para aquellas personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización causa grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, debiendo establecer la ley los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a esa prohibición que establece el inciso final del N° 16 del artículo 19 de la referida Carta Fundamental. Entre las huelgas

<sup>11</sup> Considerando Quinto, Excma. Corte Suprema, sentencia de 17 de agosto de 1988, Rol 7244, caratulado "Ministerio del Interior con Manuel Bustos Huerta; Arturo Martínez Molina; Moisés Labraña Mena".

ilícitas puede darse el caso de algunas que tengan carácter delictual y así ocurre con las tipificadas en el inciso 1° del artículo 11 de la Ley N° 12.927”.

La huelga o paralización colectiva de trabajadores se realiza sin sujeción a las leyes:

- a) Cuando se realiza fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada (art. 314 bis C inciso 1° CT);
- b) cuando se realiza dentro un procedimiento de negociación colectiva reglada, pero incumpléndose cualquiera de los requisitos legales que establece dicho procedimiento para su votación,<sup>12</sup> aprobación<sup>13</sup> y ejecución;<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Oportunidad legal: El día de la votación debe estar comprendido dentro de los 5 últimos días de vigencia del contrato colectivo o del fallo arbitral anterior. De no existir estos instrumentos, el día de la votación debe estar comprendido dentro de los 5 últimos días de un total de 45 ó 60 –según se trate del procedimiento de negociación dentro de la empresa o del procedimiento de negociación supraempresas, respectivamente– contados desde la presentación del proyecto.

Requisitos previos a la votación:

- a) Que la negociación no esté sujeta a arbitraje obligatorio.
- b) Que las partes no hubieren convenido en someter el asunto a arbitraje.
- c) Que la votación sea convocada a lo menos con 5 días de anticipación.
- d) El empleador deberá informar a todos los trabajadores interesados su última oferta y –si ésta no fuere coincidente con la respuesta dada a proyecto de contrato colectivo– deberá acompañar una copia de la última oferta a la Inspección del Trabajo, con una anticipación de a lo menos 2 días al plazo de cinco, dentro de los cuales se debe verificar la votación. Para este efecto, entregará un ejemplar a cada trabajador o exhibirá dicha proposición en lugares visibles de la empresa. Todos los gastos correspondientes a esta información serán de cargo del empleador.

Requisitos de la votación: La votación deberá efectuarse en forma personal, secreta y en presencia de un ministro de fe.

Tendrán derecho a participar en la votación todos los trabajadores de la empresa respectiva involucrados en la negociación.

Los votos serán impresos y deberán emitirse con la expresión “última oferta del empleador”, o con la expresión “huelga”, según sea la decisión de cada trabajador.

El día que correspondía proceder a la votación no podrá realizarse asamblea alguna en la empresa involucrada en aquélla.

Ahora bien, cuando la votación no se hubiere llevado a efecto por causas ajenas a los trabajadores éstos tendrán un plazo de 5 días para proceder a ella.

<sup>13</sup> La huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa, involucrados en la negociación.

<sup>14</sup> Plazo para hacerla efectiva: Dispone el art. 374 CT que, acordada la huelga, ésta deberá hacerse efectiva al inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación. Este plazo podrá prorrogarse, por acuerdo de las partes, por otros 10 días.

Además es preciso tener presente que, dentro de las 48 horas siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes podrá solicitar al Inspector del Trabajo la interposición de sus buenos oficios, para facilitar el acuerdo entre ellas. El Inspector dispone de 5 días hábiles para conseguir que las partes lleguen a un acuerdo. Si fracasa, la huelga deberá hacerse efectiva al inicio del día siguiente hábil, salvo que las partes acordaren que continúe su gestión por un lapso de hasta 5 días, prorrogándose por este hecho la fecha en que la huelga debe hacerse efectiva.

Modo en que se concretiza la huelga: El art. 374 inc. 3° CT señala que “se entenderá que no se ha hecho efectiva la huelga en la empresa si más de la mitad de los trabajadores de ésta, involucrados en la negociación, continuaren laborando en ella”. Leído *sensu contrario*, la huelga se ejecuta o concretiza como acto colectivo si se abstiene de laborar en la empresa, a lo menos, la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación. Del precepto citado se colige que nuestro ordenamiento legal concibe

- c) cuando se efectúa por trabajadores que tienen prohibición de declarar la huelga.<sup>15</sup>

### **3. Vías jurídicas que puede utilizar la empresa principal ante ilícitos cometidos por trabajadores u organizaciones sindicales de empresas contratistas y subcontratistas, con ocasión de la negociación colectiva y que afectan los intereses de aquella**

Ante una situación de toma o bloqueo de los accesos a las instalaciones industriales de la empresa principal por trabajadores de contratistas y/o subcontratistas, cuyo efecto es impedir o perturbar el funcionamiento de la misma, las vías jurídicas para restablecer el imperio del derecho podrían ser las siguientes:

#### **3.1. La acción constitucional de protección**

Conforme lo establece el art. 20 CPR, la acción constitucional de protección

---

la huelga según el concepto clásico y restrictivo de cesación de labores con abandono del centro de trabajo. Para estos efectos, en aquellas empresas en que el trabajo se realice mediante sistema de turnos, el quórum necesario para hacer efectiva la huelga se calculará sobre la totalidad de los trabajadores involucrados en la negociación y cuyos turnos se inicien al tercer día siguiente al de la aprobación de la huelga. Así, por ejemplo, en una empresa en que negocian colectivamente 500 trabajadores, si el turno que se inicia el tercer día de la aprobación de la huelga comprende 100 trabajadores involucrados en la negociación, se entenderá materializada la huelga si se abstienen de trabajar 50 de ellos.

<sup>15</sup> Recordemos que la propia Constitución Política señala en su art. 19 N° 16 inc. final que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades .

Agrega que tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Finalmente, encomienda a la ley establecer los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a esta prohibición.

Pues bien, el precepto legal que viene a concretizar este último mandato constitucional es el art. 384 del Código del Trabajo.

En su primer inciso, esta disposición reitera lo ya señalado por la Carta Fundamental, al prescribir que no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

- a) Atiendan servicios de utilidad pública, o
- b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

En su inciso segundo precisa esta última circunstancia en el sentido que, para entender que se causa grave daño a los bienes jurídicos mencionados en la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

Si en estos casos no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio.

En su inciso final, el art. 384 establece el procedimiento para determinar si la empresa se encuentra comprendida en alguna de las situaciones que impiden la huelga. El precepto señala que la calificación de esta circunstancia será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción.



es procedente frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales que impongan privación, perturbación o amenaza de privación del legítimo ejercicio de aquellos derechos señalados en el mismo precepto.

Concretamente se ve amenazado o perturbado el ejercicio del derecho comprendido en el N° 16 del art. 19 de la Carta Fundamental en lo relativo a la libre contratación laboral. Dado que el precepto no distingue entre contratación individual y colectiva, en nuestra opinión, la Constitución ampara ambos tipos de contratación laboral. De acuerdo a la información proporcionada, la toma o bloqueo de los accesos a las instalaciones industriales de la empresa principal obedece al propósito de involucrarla compulsivamente en una negociación colectiva que le es ajena y respecto de la cual no tiene el deber de negociar, sino, antes al contrario, plena libertad, garantizada constitucionalmente, para decidir involucrarse o no en dicho proceso. En tal circunstancia la vía de hecho constituye una clara perturbación contra la libertad de contratación colectiva.

También se perturba el legítimo ejercicio de la garantía a que se refiere el N° 21 del art. 19 CPR, vale decir, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen y priva del derecho de propiedad contenido en el numeral 24 del precepto citado, puesto que el bloqueo impide a la respectiva instalación funcionar quedando paralizada de hecho, con las consecuentes pérdidas económicas que ello conlleva.

### **3.2. Acceso al procedimiento de tutela laboral por prácticas desleales de los trabajadores y de las organizaciones sindicales y la medida precautoria especial de suspensión inmediata del acto lesivo**

En principio, el procedimiento de tutela laboral sólo tiene como legitimados activos:

- a) al trabajador que por acto del empleador sufre lesión en alguno de sus derechos constitucionales;
- b) a cualquier trabajador u organización sindical, invocando un derecho o interés legítimo; y
- c) a la Inspección del Trabajo, que podrá, asimismo, denunciar y hacerse parte en el proceso.

Sin embargo, el inciso 3° del nuevo artículo 292 del Código del Trabajo establece que el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme a las normas establecidas en el párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este cuerpo normativo, vale decir, los artículos 485 y siguientes. Dado que en nuestro sistema normativo las prác-

ticas desleales o antisindicales pueden ser cometidas tanto por el empleador como también por los trabajadores y las organizaciones sindicales e incluso por terceros ajenos a la relación laboral, la legitimación activa y pasiva dentro del procedimiento de tutela en relación con dichas prácticas es excepcionalmente amplia.

Debe tenerse en cuenta, además, que la tipificación de prácticas desleales contenida en el Código del Trabajo no es taxativa. En este sentido se ha señalado que en “la actual legislación laboral no se efectúa una caracterización cerrada y taxativa de estos comportamientos vulneratorios de la libertad sindical, sino que el legislador sigue un criterio abierto y omnicomprensivo. Por tanto, toda acción u omisión que atente contra este derecho fundamental es susceptible de llegar a calificarse en lo jurídico como práctica antisindical, aun cuando no se encuentre descrita expresamente como tal. Así lo ha entendido la jurisprudencia judicial al resolver que la determinación de si otros hechos pueden llegar a constituir o no dichos ilícitos queda entregada al órgano jurisdiccional”.<sup>16</sup>

Cabe tener presente, asimismo, que se introdujo una medida precautoria especial a través art. 492 del Código del Trabajo, la cual permite al juez, de oficio o a petición de parte, sin audiencia previa del denunciado, ni admisión de recurso alguno contra la resolución, suspender los efectos del acto impugnado. En efecto, el art. 492 del Código del Trabajo dispone que *“el juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 UTM, la cual podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno”*.

Por otro lado, el inciso final del art. 485 CT señala que *“interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos en que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismo hechos”*. Atendido que por expresa disposición constitucional el ejercicio de la acción de protección nunca perjudicará *“los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”* (art. 20 CPR), no puede interpretarse el contenido del inciso final del art. 485 CT como norma preclusiva, sino como una especial forma

<sup>16</sup> Caamaño, E.: “La tutela jurisdiccional de la libertad sindical”. *Rev. derecho* (Valdivia), jul. 2006, vol. 19, N° 1, pp. 77-104.

de litispendencia que determina la incompatibilidad descendente de acciones cautelares, pero sólo mientras la acción de protección se encuentre pendiente ante las Cortes.

Nada se señala, en cambio, en caso de que la acción primeramente interpuesta sea la de tutela laboral, por lo que podría admitirse la compatibilidad ascendente de las acciones cautelares. No obstante, los tribunales superiores de justicia tienden a inadmitir acciones de protección cuando la controversia ha sido previamente planteada en sede jurisdiccional, estimando que ya está en vías de ser restablecido el imperio del derecho.

### **3.3. Denuncia criminal**

En nuestra opinión, la toma o bloqueo de los accesos a las instalaciones industriales de la empresa principal por trabajadores de contratistas y/o subcontratistas, cuyo efecto es impedir o perturbar el funcionamiento de la misma, aun cuando no se bloqueen caminos públicos y sólo se amenace con el uso de la fuerza, podría configurar, al menos, los siguientes delitos:

- a) El impedimento o dificultad de acceso a las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales, de comunicación, de transporte o de distribución tipificado en el artículo 6, letra C) de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado y castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, conforme al artículo 7° del mismo cuerpo legal.
- b) Interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de actividades de la producción, del transporte o del comercio, sin sujeción a las leyes y que produce alteraciones del orden público, castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio, por el artículo 11 de la citada Ley de Seguridad del Estado.

## **4. Ilícitos en que incurren los funcionarios públicos por denegación de tutela**

### **4.1. Ilícitos administrativos**

El Estatuto Administrativo (EA), en su artículo 61 letra K) señala: *“Serán obligaciones de cada funcionario: (...) K) Denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquéllos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la Ley N° 18.575”.*

El art. 119 EA dice *“El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias.*

*“Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”.*

## 4.2. Ilícitos penales

El Título V del Libro II del Código Penal (CP) tipifica *los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de su cargo.*

Como ilícito específico cometido por funcionarios públicos por denegación de tutela, encontramos la norma del art. 256 CP, que establece que incurrirá en penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. *“...todo empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos”.*

Cabe destacar algunos elementos de la conducta típica:

- a) Es un tipo especial, que requiere un sujeto activo calificado, toda vez que la posibilidad de ejecución de la conducta típica queda limitada a quien ostente la calidad de *“empleado público”*. Conforme al art. 260 CP: *“para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.*
- b) Es un delito de omisión, vale decir, la conducta típica consiste en *“la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento jurídico penal”*.<sup>17</sup> En este caso concreto *“retardar”* o *“negar”* a los particulares la protección o servicio debidos. El tipo no exige la producción de un resultado, por tanto se consuma por el mero retardo o negación de la protección o servicios debidos. Además el tipo objetivo contiene un elemento normativo, conforme al cual debe existir un deber de dispensar protección o servicio de fuente legal o reglamentaria.

<sup>17</sup> Cobo, M., y Vives, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1982, p. 393.

- c) En cuanto al tipo subjetivo, la norma del art. 256 CP exige que el funcionario retarde o niegue la protección o servicio debidos “*maliciosamente*”. Se trata, pues, de una figura dolosa. El dolo se configura por 1) el conocimiento del empleado público de la situación fáctica que lo obliga a otorgar protección o servicio; 2) saber cuál es la acción que se espera de él y 3) saber que está en condiciones de cumplirla. El dolo se satisface con el elemento cognitivo, no se exige el volitivo.<sup>18</sup>

### 4.3. Responsabilidad del Estado

Como señala el profesor SOTO KLOSS, “la responsabilidad del Estado [...] es el efecto jurídico que la Constitución da a los actos, hechos, conductas u omisiones contrarios a Derecho producidos por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, cualesquiera sean éstas, y que ocasionan daño a una víctima que no está jurídicamente obligada a soportar”.<sup>19</sup> Esta responsabilidad tiende a que “se resarza, compense o restituya al tercero/víctima de un daño cometido por el Estado...”<sup>20</sup> y “es una *responsabilidad integral*, en cuanto debe repararse todo el daño producido injustamente en la víctima. Esto significa que la indemnización deberá comprender no solo el daño patrimonialmente producido por el Estado, sino también el daño extrapatrimonial que ha originado”.<sup>21</sup>

No existe impedimento formal ni de justicia material para que le empresa demande al Estado todo daño que le cause la lenidad de los funcionarios encargados de restablecer el orden público, por omisión de la tutela debida.

## 5. Conclusiones

- 1ª) Nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel constitucional como legal establece de manera clara la titularidad del derecho a la negociación colectiva. Por la parte laboral el modelo normativo estableció una doble titularidad: la del sindicato de empresa y la del grupo de trabajadores que se organizare para tal fin; pudiendo existir al interior de cada empresa una multiplicidad de titulares de los trabajadores, pero que sólo representan los intereses de los trabajadores afiliados o adheridos a cada sindicato o grupo negociador.
- 2ª) La parte patronal, bajo cualquier modalidad de negociación colectiva, es siempre el empleador, definido para este y “*todos los efectos legales*” por el artículo 3° letra a) CT como “*la persona natural o jurídica que utiliza los*

<sup>18</sup> Garrido, M.: *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 186.

<sup>19</sup> Soto-Kloss, E.: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Tomo II El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 307-308.

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> Soto-Kloss, E.: op. cit., pp. 310-311.

*servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.*

- 3ª) La jurisprudencia de los tribunales de justicia, en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo ha ido progresivamente prescindiendo de la dispersión que ofrecen las distintas personas jurídicas societarias y rearticulando al grupo de sociedades como una sola entidad (empresa) mediante el expediente de “levantar el velo” de la personalidad jurídica. En cambio, en lo que comprende el ámbito de los derechos colectivos (específicamente sindicación) la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido la autonomía jurídica de las sociedades absteniéndose de aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo. De tal manera, la jurisprudencia del máximo tribunal no vendría a alterar los términos prefigurados por las normas constitucionales y legales respecto de la titularidad de la parte empleadora en los procesos de negociación colectiva quedando ella circunscrita a las partes del contrato individual de trabajo y dentro del ámbito de la empresa.
- 4ª) En la situación del trabajo en régimen de subcontratación –salvo hipótesis de simulación u otros subterfugios que deben ser previamente acreditados judicialmente– el derecho a negociar colectivamente de los trabajadores del contratista impone la obligación correlativa únicamente a este último en su calidad de empleador, conforme a las normas generales, sin alcanzar a la empresa principal, que es un tercero ajeno al contrato de trabajo. Los procesos de negociación colectiva formal o informal que involucren a sus contratistas o subcontratistas son inoponibles frente a la empresa principal, de una parte, porque la ley ha limitado su responsabilidad frente a los trabajadores de contratistas y subcontratistas a obligaciones de naturaleza pecuniaria, excluyendo las obligaciones de hacer y, por otra parte, no se ha establecido normativa especial que amplíe la legitimación negocial a sujetos distintos que el empleador laboral.
- 5ª) Ante una situación de toma o bloqueo de los accesos a las instalaciones industriales de la empresa principal por trabajadores de contratistas y/o subcontratistas, cuyo efecto es impedir o perturbar el funcionamiento de la misma, las vías jurídicas para restablecer el imperio del derecho podrían ser las siguientes: la acción constitucional de protección; el procedimiento de tutela laboral, aduciendo una práctica desleal de terceros y solicitando la inmediata suspensión de la conducta lesiva a través de la medida precautoria especial que contempla ese procedimiento; y la denuncia penal por delitos de la Ley de Seguridad del Estado.
- 6ª) La lenidad de los funcionarios encargados de restablecer el orden público puede ser perseguida penal y administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

## Bibliografía

AYLWIN, A., y ROJAS, I.: *Los grupos de empresas en el derecho chileno*, 2ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

CAAMAÑO, E.: "La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios". *Ius et Praxis*, 2007, vol.13, N° 2, pp. 157-194.

- "La tutela jurisdiccional de la libertad sindical". *Rev. Derecho* (Valdivia), jul. 2006, vol. 19, N° 1, pp. 77-104.

CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. L.: *Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

COBO, M., y VIVES, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, España, 1982.

GARRIDO, M.: *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

PALAVECINO, C.: "Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año IX, N° 18, julio, 2008, pp. 539-553.

- "El concepto de empresa y su problemática", en *Revista Laboral Chilena*, N° 168, julio, 2008, pp. 80-85.

- *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

ROJAS, I.: "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral", en *Revista Ius et Praxis* 13 (2007) 2.

SOTO KLOSS, E.: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Tomo II. El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

UGARTE, J. L.: "La actual Corte Suprema y su particular concepto de empresa para efectos de la negociación colectiva", en *La Semana Jurídica*, N° 382, noviembre 2008, p. 2.

- "Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores". *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, N° 1.



# Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones

**Hugo Fábrega Vega**

Departamento de Derecho de la Empresa

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Dora Yáñez Terán**

Abogado

## I. Introducción

El pasado 19 de junio de 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.348, que resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones, en virtud de la cual se incorpora al Código del Trabajo el artículo 62 bis, entre otras normas, y establece el **principio de igualdad de remuneraciones entre hombre y mujer**, o dicho de otra forma, la nueva normativa donde los hombres y mujeres a igual trabajo tendrán igual remuneración.

Diferentes estudios han reflejado que las mujeres perciben, en promedio, sólo el 75,1% del ingreso de los hombres cuando realizan el mismo trabajo. Esta diferencia de ingreso es menor en ciertas áreas, tales como el comercio y los servicios de utilidad pública, en que sólo llega a un 55,2% y 61,5%, respectivamente; pero en otros niveles, tales como los niveles profesionales y con estudios superiores, esta brecha es sobre el 50%. Para muchos, estas diferencias se justifican por el "alto costo" que implica la contratación de mujeres, debido a las prestaciones de protección de la maternidad, o el mayor ausentismo, o la menor disposición para trabajar horas extras, lo que trae aparejada, en consecuencia, una menor movilidad en relación con la de los hombres.<sup>1</sup>

Es por lo anterior que esta nueva ley es valorada por muchos economistas, representantes gremiales y asesores laboralistas de distintas aristas políticas, mas no dejan de estar conscientes de que dicha norma presenta una serie de complejidades fácticas u operativas que a largo o incluso mediano plazo

<sup>1</sup> BUSTOS (2009), [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

podrían terminar produciendo un efecto adverso, más aún si agregamos un posible aumento de denuncias de mujeres que se sientan discriminadas (judicialización), haciendo que muchas empresas disminuyan la contratación de mujeres para evitarse mayores problemas referidos al cumplimiento de la normativa. Además, resulta oportuno recordar que nuevamente la ley no distingue entre grandes y pequeñas empresas, olvidando que en los hechos estas últimas no siempre tienen acceso a una asesoría jurídica integral que les permita proyectar las eventuales consecuencias que generaría la inobservancia legal antes dicha. Aun así parecería que, a primera vista, esta nueva ley que impone el principio de igualdad de remuneraciones correspondería a una normativa que favorecería el dinamismo de las relaciones laborales y “llenaría un vacío” importante, lo que generaría un cierto consenso político.

Sin embargo, cuestión distinta es preguntarnos si se justifica o no la presente ley, a la luz de nuestra Carta Fundamental y la normativa laboral vigente.

## II. Fundamentos de la ley

Con fecha 10 de julio de 2006, y a instancias de un grupo de parlamentarios vinculados a la Concertación, ingresó a tramitación la moción parlamentaria que contenía el proyecto de Ley N° 4356-13 titulado “*Modifica el Código del Trabajo resguardando el derecho a la igualdad en las remuneraciones*”, el cual recién vino a ver la luz definitiva el pasado 19 de junio de 2009, fecha de su publicación en el Diario Oficial.

La tramitación de este proyecto de ley, si bien en lo formal no tuvo en sí mayores dilaciones, gozó de la urgencia del Ejecutivo para su discusión inmediata en su fase final, pero en lo sustancial no varió notoriamente del tenor del proyecto original. En efecto, se destacaron como ideas matrices del proyecto que modificó el Código del Trabajo, “*la obligación efectiva de no discriminar por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral, mediante el reconocimiento expreso del derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, por el trabajo que realizan de igual valor*”.<sup>2</sup>

En el Informe de la Comisión Familia en el primer trámite constitucional se hicieron presentes razones materiales de distinta índole que fundamentaban el proyecto, entre las cuales figura la encuesta CASEN, que entre los años 1990 a 2003 dio cuenta efectiva de la brecha existente entre las remuneraciones

<sup>2</sup> HISTORIA DE LA LEY N° 20.348 (2009), p. 10.

entre hombres y mujeres. Entre las razones de derecho se hicieron presentes las distintas obligaciones internacionales del Estado chileno de eliminar cualquier forma de discriminación, contenidas tanto en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, como en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966, y particularmente la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, de 1979, que en directa relación con el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971) especifica la noción de discriminación en el desarrollo de un trabajo subordinado.

Asimismo, se hicieron presentes las razones de derecho interno que sustentaron el proyecto, tales como las contenidas en la Constitución Política de la República en sus artículos 1° incisos 1° (“Las personas nacen libres en dignidad y derechos”) y 5° (“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”), 19 N° 2 (Igualdad ante la ley), 19 N° 16 (La Libertad de Trabajo y su Protección) y 19 N° 24 (Derecho de Propiedad).

Con todo, esta ley no tuvo mayores reparos en ser aprobada después de las urgencias indicadas y se despachó para su promulgación antes del término de la legislatura extraordinaria del presente año, sin perder la idea eje del proyecto, esto es, reforzar la idea de evitar la discriminación en materia de remuneraciones de hombres y mujeres, propendiendo a la igualdad justificada en oposición a la discriminación arbitraria.

### III. La igualdad en materia constitucional

Una mirada rápida que conclusivamente nos encamine a identificar el objeto jurídico protegido referente a la igualdad, nos guiará a la consagración positiva contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que establece, en lo medular, que *“La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la Ley. Ni la Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

Esta idea de raigambre natural tiene una proyección especial e innovadora en el actual texto constitucional, de manera que es posible advertir una “distinción” respecto de otras Constituciones chilenas. En efecto, se acentúa la igualdad como parámetro general poniendo énfasis en la protección de la garantía denunciando la discriminación, de suerte tal que, al imperio social de una norma constitucional, se entienda que no haya cabida a desigualdades en los sujetos imperados por ésta. Esta idea se trabajó intensamente en nuestra

Comisión Constituyente y la podemos representar tal como lo señaló don Alejandro Silva Bascuñán en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: *"(...) de lo que se trata es, lisa y llanamente, de que, desde el punto de vista de la psicología social, no haya ninguna distinción entre las diferentes personas y grupos, de manera, entonces, que le parece un acierto de la Constitución chilena"*, cambiando la antigua relación de la garantía de la igualdad e innovando en su texto.<sup>3</sup>

En este sentido, sensato es preguntarse *quiénes* son iguales de acuerdo a la ley, pero antes recordar, o mejor dicho comprender, *qué* se debe entender por igualdad como derecho fundamental. Al respecto, en algo nos consuela pensar que sobre el concepto de igualdad *"se han escrito bibliotecas completas"*<sup>4</sup> intentando delimitar conceptualmente su esencia, lo que constituye un trabajo en vano si se piensa que muchas veces la interpretación de un derecho ha tenido que ir cambiando en el tiempo para cubrir los intereses propios de una sociedad. En este sentido, escapa a los fines de este breve análisis formular un concepto de igualdad que delimite su interpretación, pero tendremos presente dos ideas conceptuales básicas que nos servirán para, al menos, saber cuándo la igualdad se degenera y que nos servirán para determinar la igualdad en materia laboral: 1) la igualdad no permite diferencias o trato distinto (o especial) de ninguna índole, lo que repugna al derecho y permite la diferencia arbitraria o "discriminación"; y 2) sólo el legislador está facultado para imponer desigualdades, siempre y cuando estas se justifiquen, de acuerdo a los fines que la propia ley posea, y que estén de acuerdo material y formalmente con los derechos que la Constitución establece.

Ahora bien, en punto a establecer una explicación práctica de lo anterior a base de una justificación de la igualdad como derecho fundamental, el profesor Gregorio Robles dice que *"Los derechos fundamentales funcionalizan esferas de la acción jurídica consideradas relevantes para el conjunto de la sociedad, tanto desde el punto de vista de la inserción de la vida privada del individuo en el contexto de la convivencia, como desde el punto de vista del funcionamiento del sistema político. Son un instrumento de seguridad y confianza, al garantizar al individuo los valores básicos de la vida y la seguridad jurídica (...)"*,<sup>5</sup> lo que distingue de una mera categorización electiva los derechos que sólo el constituyente es capaz de pregonar como aquellos que son propios, definitivos e inherentes a la condición humana, de tal forma de funcionalizar la vida social y la seguridad jurídica al punto de otorgar por esta vía un reconocimiento (y protección)

<sup>3</sup> COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCION (1973-1974), Sesión N° 94, pp. 24 a 27.

<sup>4</sup> FERNANDOIS (2001), p. 195.

<sup>5</sup> ROBLES (1997), p. 121.

específico. De esta manera, sólo aquel que tenga esta condición podrá ser titular de estos derechos, lo que inmediatamente nos convierte en iguales solo por el hecho de compartir tal condición en la sociedad.

Sin embargo, esta igualdad genérica y condicionada a la titularidad de derechos absolutos no merece una interpretación restrictiva que la circunscriba únicamente a denominar "iguales" a todos los integrantes de una sociedad bajo cualquier circunstancia. Tal criterio no nos permitiría, bajo pretexto alguno, ejercer nuestros derechos en plenitud, ya que es propio de la naturaleza de esta garantía *permitir diferencias* siempre y cuando tengan por objeto responder a la justicia como molde interpretativo o fin axiológico, y que estas diferencias se condigan con el derecho teniendo como parámetro el que la misma norma (o regla) permita estas diferencias previniendo el arbitrio; o sea, sólo la ley podrá establecer en qué medida la igualdad no podrá ser desdibujada en razón de permitir (o reforzar) distinciones.

Sólo teniendo lo recién expuesto presente, es cauteloso y provechoso utilizar un criterio objetivo de proporcionalidad. En tal caso y siguiendo a Linares Quintana: *"Es cuestión sumamente difícil de resolver la de saber con qué criterio cierto deben reconocerse las igualdades y diferencias entre los hombres y situaciones, a fin de dar iguales bienes a los iguales y desiguales bienes a los desiguales. Como de hecho no existen dos hombres o dos situaciones iguales, siempre la afirmación de una igualdad implica una elección de cuál es la calidad esencial que determine la igualdad, y cuáles las calidades no esenciales que la determinan y que pueden descartarse"*.<sup>6</sup>

En lo sucesivo, esta desproporcionalidad se podría cotejar a base de la utilización de un modelo de eficacia que dé cuenta del cumplimiento efectivo de la igualdad. En efecto, una ley (o cualquier manifestación normativa) sería *desigual*, lo que inmediatamente nos llevaría a pensar que no se justificaría, cuando no cumpla con ciertos baremos que determinen una correcta aplicación social que la justifique como un mandato general y abstracto. Siguiendo a Fermandois en este punto, para organizar el contenido de la garantía constitucional analizada, esto es, igualdad ante la ley y en la ley, se hace menester identificar el contenido del juicio discriminatorio no arbitrario<sup>7</sup> y de esta manera saber si la norma en plena eficacia cumple con su cometido una

<sup>6</sup> LINARES (1980), p. 263.

<sup>7</sup> En efecto, este juicio: "a) No distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios, entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que, por tanto, pertenecen a la misma categoría de sujetos; b) Es proporcional en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma (razonable en sí); c) Es proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma (razonable en relación a la categorización efectuada). FERMANDOIS (2001), ob. cit., p. 204.

vez que está vigente. Lo anterior podría servir para calificar si las intenciones del legislador son tan efectivas como se pregonan en las exposiciones de motivos que dan origen a la tramitación de una ley, identificando inmediatamente si la norma, socialmente vivida o no, se justifica en punto a este verdadero “test” de proporcionalidad.

#### **IV. Sobre la desigualdad en materia laboral**

La igualdad genérica, esto es, la relativa a establecer la igualdad como punto de partida para cualquier modelo interpretativo, tiene una especial distinción en materia de derechos laborales, dado el plano en que, en distinta situación, se ubican los sujetos propios de toda relación individual de trabajo: el empleador y el trabajador.<sup>8</sup>

Convengamos en que existe un punto de partida técnico que da fisonomía y tiende a justificar la actividad del legislador en materia laboral y este no es otro que el principio tutelar del derecho del trabajo denominado *principio pro operario*, en virtud del cual se reconoce una desigualdad que el derecho debe corregir y equilibrar a favor del trabajador, ya que se encuentra en una situación distinta, al ser subordinado y dependiente del empleador, quien tiene a su favor los medios de producción necesarios para alcanzar el fin específico. Aclaremos que todos los fines que el derecho reconoce al empleador en su carácter de tal están tratados laboralmente como fines lícitos, o sea, permitidos por la ley.

El principio pro operario (llamado también “principio protector”) tiene dos fundamentos históricos que le otorgan fisonomía: uno económico y otro social. El fundamento económico dice relación con la resistencia que motivaba el abuso de un patrón a costa de su obrero, en el sentido de aprovecharse de su carácter dependiente para conseguir ilegítimamente sus fines; en cambio, el fundamento social tiene que ver con el carácter intrínseco que guarda relación con el reconocimiento de la dignidad humana que todo trabajador posee. Ambos, al ser parte de una esfera social, impulsaron al legislador a tomar todos los resguardos necesarios que el constitucionalismo clásico le otorgaba para corregir esta desigualdad, al punto de constitucionalizar la libertad de trabajo y su protección.

<sup>8</sup> Lo anterior no se justificaría, prima facie, en el plano de las relaciones colectivas del trabajo, dada la autonomía frente a la cual se desarrolla este tipo de relaciones, pudiendo los trabajadores asociados adquirir un plano de igualdad preponderante reconocido en la Constitución y en la ley, frente al empleador.

En este sentido, distintos autores contemporáneos clásicos en la materia se han referido latamente a este principio, el cual no ha estado exento de versiones contradictorias en su aplicación práctica. En efecto, el profesor Plá Rodríguez entiende que *"el derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades"*<sup>9</sup>, mientras que el profesor Guillermo Cabanellas explica que *"en presencia de varias normas jurídicas debe aplicarse siempre aquella que más favorezca al trabajador; señálese en esa forma que las leyes del trabajo tienen carácter tutelar y de caridad cristiana"*<sup>10</sup>. En ambas transcripciones clásicas, podemos decir que se cumple la identificación de las nociones económicas y sociales que el legislador debe tener en cuenta para solucionar esta desigualdad.

A su turno, autores chilenos al referirse al respecto han dicho, en términos generales, lo mismo; en efecto, el profesor Sergio Gamonal, siguiendo de cerca a Plá y a Alonso Rodríguez, separa la interpretación que al respecto debe hacerse de este principio, ya que se trataría de una protección flexible desde el punto de vista legal y judicial, o sea, *"al crearlas o al aplicarlas"*<sup>11</sup>, por lo que no cabe duda, según Gamonal, que este principio podría reformularse tomando en consideración normas legales y constitucionales para todo intérprete, lo que llevaría a concluir que, no solo el trabajador tendría aseguradas las manifestaciones propias del principio protector (que involucraría al principio pro operario así también como la irrenunciabilidad de los derechos, estabilidad laboral y primacía de la realidad), sino que además serviría de resguardo a una serie de derechos del empleador, todos relacionados con la dirección de la empresa y el lucro - fin lícito - que éste busca, como fin lícito y amparado constitucionalmente.

Para los profesores Thayer y Novoa, el principio pro operario significa la aceptación de tres aspectos que en sí lo conformarían; vale decir: 1) la regla *in dubio pro operario*, en la cual el intérprete debe elegir, entre los varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador; 2) la regla de la norma más favorable, cuya aplicación se deberá tener en cuenta independiente de la jerarquía normativa que contemple la protección al principio; y 3) la regla de la condición más beneficiosa, donde en la aplicación de una nueva norma laboral nunca se deben disminuir las condiciones más favorables en que pudiere encontrarse un trabajador. Bajo estos principios subyace el motivo que tiene el legislador *"para dictar una norma laboral y es el principio que informa a todo el Derecho del Trabajo"*.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> PLÁ RODRIGUEZ (1998), p. 63.

<sup>10</sup> CABANELLAS (1987), p. 29.

<sup>11</sup> GAMONAL (2009), pp. 106 y sgtes.

<sup>12</sup> THAYER Y NOVOA (2003), p. 27.

De esta manera, resulta claro establecer que la igualdad genérica no se justifica en el plano de las relaciones laborales, toda vez que la situación en la cual se encuentra el trabajador respecto del empleador es asimétrica. De lo anterior, y dada su caracterización como derecho laboral constitucionalmente protegido, es el legislador quien debe contemplar los mecanismos para que una normativa resguarde el equilibrio y desprece la desigualdad, pudiendo establecer diferencias justas para que la igualdad se concrete en los hechos. A esto, la legislación laboral ha respondido con creces dado el dinamismo inherente a la disciplina durante todo el siglo XX y lo que va del XXI.

Sin embargo, de lo anterior también podría plantearse la hipótesis donde el legislador, perdiendo de vista el límite que contempla la Constitución, vaya más allá y, en razón de este principio, contemple distinciones o categorizaciones normativas que lleven envueltas distinciones arbitrarias, lo que confundiría a los intérpretes y contrariaría la Carta Fundamental.

En tal sentido una sobrerregulación innecesaria que provoque una confusión impuesta al intérprete (normalmente fiscalizador o juez), o una normativa que, en razón de la protección al principio, pasara a llevar deliberadamente otras garantías sustantivas a favor del empleador, inmediatamente supondría una barrera al plano de la igualdad, ya que el fantasma de la arbitrariedad estaría encubierto, siendo difícil su identificación como peligro para los fines que el derecho supone.

## **V. Contenido específico de la ley**

Respecto a la Ley N° 20.348, esta introduce cuatro modificaciones al Código del Trabajo. En efecto:

1. Agrega el nuevo artículo 62 bis, que se incorpora dentro del capítulo relativo a la protección a las remuneraciones, el cual dice:

*“El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.*

*Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.*

En síntesis, establece un sistema de denuncias por la infracción al principio de igualdad en materia de remuneraciones, que se tramita conforme a los siguientes procedimientos en los términos que indica la ley:

a) Procedimiento de reclamación que se establezca para estos efectos en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de cada empresa, que de acuerdo al inciso primero del artículo 153 del Código del Trabajo corresponde a aquellas empresas que tengan más de 10 trabajadores permanentes;<sup>13</sup> y/o

b) Procedimiento de Tutela Laboral (ante los Tribunales de Justicia). Este nuevo procedimiento tratado en el Párrafo 6° del Libro V del Código del Trabajo (artículos 485 y siguientes) regula las defensas de derechos fundamentales. En efecto, el artículo 485 del cuerpo legal ya citado reza:

*“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.*

*También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.*

*Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.*

<sup>13</sup> Artículo 153 inciso primero del Código del Trabajo señala: “Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”.

*Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.*

Entonces teniendo presente lo anterior, al ser el principio de igualdad un derecho fundamental (mencionado anteriormente) sería dable esperar que todo trabajador que se sienta vulnerado o *afectado en sus derechos fundamentales* prefiera invocar estos nuevos preceptos antes de otros procedimientos o acciones, como el procedimiento de aplicación general o la acción de protección. Nos permitimos arribar a esta conclusión dadas las especiales características (titularidad de la acción, plazo para interponer la denuncia, contenido de la denuncia y su plazo de gracia según lo indica el artículo 490 del Código del Trabajo, tramitación, etc.) que reviste el Procedimiento de Tutela Laboral y que lo diferencia claramente de otros.

2. Modifica el artículo 154 del Código del Trabajo que regula contenido del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la Empresa en el sentido que impone a las empresas con doscientos o más trabajadores la obligación de establecer en dicho reglamento un “registro” que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características esenciales. En este sentido, el nuevo numeral 6° del artículo 154 del Código del ramo ha quedado de la siguiente la forma: ***“El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones: 6.- la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales”.***

Esta nueva obligación de crear un registro comenzará a regir 6 meses después de la publicación de la Ley analizada, a diferencia de las otras modificaciones introducidas por la Ley N° 20.348, que rigen *in actum*. Ahora bien, dado su tenor literal, es posible esperar que en el futuro la Dirección del Trabajo –a propósito de sus funciones fiscalizadoras– defina y explique mediante su jurisprudencia administrativa qué debe entender el empleador por registro y por características técnicas esenciales, en particular por el vocablo “esenciales”. Esperemos que el rigor y la prudencia no sean olvidados por tal organismo, a fin de obtener una acertada explicación, conforme a las normas de interpretación de ley. Así las cosas, y dicho de otra forma, obliga a que las empresas que incorporen el registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales (o sea aquellas con más de 200 trabajadores), cuenten además de toda la documentación fiscalizable según las reglas generales, de este registro que será obligatorio a contar del

19 de diciembre de 2009.

3. Agrega un inciso final al artículo 511 del Código del Trabajo que permite obtener rebaja de 10% de las multas a los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones en los términos que indica dicho artículo cuando se intente impugnar alguna sanción por trasgresión al principio en comentario. Cabe recordar que el precitado artículo menciona:

*“Facúltase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no haya reclamado de conformidad con el artículo 474 de este Código, para dejar sin efecto o rebajar, en su caso, las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia y renunciar o desistirse de la acción ejecutiva para su cobro siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1) Que se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción;*

*2) Que aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al imponerse la multa.*

*Si dentro de quince días de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción a satisfacción de la Dirección del Trabajo, el monto de la multa se rebajará en un cincuenta por ciento, sin perjuicio del derecho a solicitar reconsideración por el monto total de la multa, a la misma Dirección.*

***Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales”.***

En este orden de ideas, cabe decir que si bien –a priori– da la sensación de ser un estímulo para todo empleador en tales circunstancias, la verdad es que dista mucho de lo que en rigor necesita una empresa, más si nuevamente el legislador se ha olvidado de diferenciar la gran empresa, de la mediana y pequeña empresa.

4. Finalmente, consideramos oportuno decir que la ley en comento modifica o alcanza no sólo al Código del Trabajo; sino que además a la Ley N° 18.834 Sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005; el Convenio

N° 100, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado el 29 de junio de 1951, y ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971; y el Convenio N° 111, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958, y ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971.<sup>14</sup>

## VI. Problemática de justificación de la ley

De acuerdo al contenido de la ley recién dictada, más que una originalidad que resulte en llenar un vacío en nuestra legislación, tendería a confundir el buen propósito que tuvo el legislador. En efecto, el principio de *Igualdad de Remuneraciones*, que no define esta ley, se encuentra establecido en el preámbulo de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que dispone el “reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”.<sup>15</sup>

Frente a lo anterior, son la propia Constitución (art. 19 N° 16) y el Código del Trabajo (principalmente en sus artículos 2° y 5°) los que pregonan, de manera primaria y suficiente, la igualdad, satisfaciendo la necesidad de su normativización en caso de conculcamiento, contemplando, para tal efecto, las vías jurisdiccionales y administrativas que la misma Constitución y las leyes ofrecen para la corrección de acciones u omisiones que lesionen este derecho.

El problema va más allá, puesto que inmediatamente surge la duda si los motivos que tuvo el legislador fueron aquellos que justificarían esta ley, dado que, como dijimos, todo aquello que contempla el texto legal se encontraría en los principios constitucionales y legales que recogen con fuerza el principio pro operario, por lo que del examen de la ley no se justificaría, desde el punto de vista del trabajador (sea hombre o mujer), una instancia legal que sobrerregulara con tanta fuerza este principio al punto de ser claramente redundante, puesto que el trabajador afectado, **sin esta ley**, igualmente podría satisfacer su demanda de igualdad en materia de remuneraciones.

Lo anterior sería más dudoso si tomamos en cuenta el rol del sujeto pasivo en esta ley: el empleador. A este se le encomienda la obligación de tomar las

<sup>14</sup> SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, BOLETÍN 4356-13 (2009), p. 47.

<sup>15</sup> Se relacionan con esta materia el Convenio N° 100 y la Recomendación N° 90, ambos de 1951, de la O.I.T.

medidas reglamentarias necesarias para que el trabajador pueda reclamar de la violación de este derecho, e, incluso, de tener a disposición del intérprete un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales, lo que significa una carga legal por sobre las ya numerosas obligaciones que solamente al empleador le corresponden. Sin perjuicio de lo anterior, si bien no son arbitrarias las diferencias objetivas que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador, no se entiende qué casos constituirían diferencias arbitrarias en materia de remuneraciones, puesto que el caso aislado y condenable de una discriminación grosera (v.gr. a la mujer trabajadora por el sólo hecho de ser mujer), como dijimos, ya se encuentra debidamente protegido.<sup>16</sup>

Por último, en cuanto a las consecuencias que eventualmente delimitarían la eficacia en el ejercicio del derecho contenido en la ley, el empleador debe hacer frente a un reclamo debidamente fundado, el cual, aunque carezca de fundamento igualmente deberá ser admitido a tramitación y ser contestado por escrito, lo que eventualmente lo tornaría en una instancia dificultosa en cuanto a su aplicación, dada la posibilidad de reclamos que sean carentes de fundamentos.

## VII. Conclusiones

1. Si bien la igualdad referida estaba establecida y asegurada a través de diversos artículos del Código del Trabajo (2° y 5°, entre otros), la constitucionalización del derecho laboral a contar de la entrada en vigencia de algunos tratados internacionales y la irrupción de la nueva justicia laboral (vigente en gran parte de Chile y, a contar del 31 de agosto de 2009 en la Región Metropolitana), puntualizó un viejo anhelo legislativo que otorga a aquellos trabajadores que se sienten “discriminados” obtener una vía expedita y exclusiva de sus reclamos, más allá de que sean justificados o no.
2. Es el empleador quien deberá responder acerca de las inquietudes de

---

<sup>16</sup> Siguiendo un informe sobre el particular preparado por el distinguido abogado Daniel Bernaldes E., un claro ejemplo de lo anterior se puede apreciar en el Libro IV del Código del Trabajo, donde según la definición del artículo 303, la Negociación Colectiva tiene por objeto “establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones”, hecho que generalmente se cumple, impidiendo la existencia de diferencias arbitrarias toda vez que la negociación involucra a trabajadores hombres y mujeres, dado que en la mayoría de los instrumentos colectivos que contemplan diferencias remuneracionales, estas se fundamentan en la antigüedad del trabajador; en la extensión de diferentes jornadas de trabajo; en el desempeño en trabajos nocturnos o bajo el sistema de turnos u otros aspectos naturalmente objetivos que no guardan relación con diferencias basadas en el sexo de los trabajadores. BERNALES (2009), p. 1.

los trabajadores (sean hombres o mujeres) ante cualquier indicio de reclamo fundado por discriminación arbitraria en materia de remuneraciones, ya que tanto la Inspección del Trabajo como eventualmente los Tribunales de Justicia conocerán de aquellos reclamos en los cuales el empleador no supo justificar la supuesta arbitrariedad en las diferencias de remuneraciones, para la misma función, entre trabajadores.

3. La ley no considera arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, por lo que deja abierta la puerta para que la autoridad administrativa (o judicial) califique de otra manera la arbitrariedad, para lo cual habrá que estarse a lo que han resuelto los Tribunales Superiores de Justicia, los cuales, conociendo de recursos de protección por vulneración a las garantías vinculadas a la "Igualdad", han dicho que esta consiste básicamente en una distinción imposible de justificar, contraria a la lógica y a la justicia, fundamentos que deberá tener el empleador para justificar aquellas diferencias que subyacen a la distinción de remuneraciones por gestión dentro de la empresa.

4. La desigualdad que corrige el principio pro operario en materia laboral constituye un principio rector en la interpretación que se debe hacer de las normas laborales, siempre y cuando, se justifique de manera comprensiva y apegada a la jerarquía que, en la materia, comprenda la Constitución y que dice relación con la existencia de discriminaciones no arbitrarias o desproporcionadas.

5. En cuanto a la justificación de esta ley, cabe hacer presente que a la fecha la legislación laboral cubre debidamente todas y cada una de las eventuales necesidades de corrección y aplicación efectiva de este derecho, tornando, a nuestro juicio, sobreabundante e innecesaria la manera en la cual se legisla al respecto. Si bien la iniciativa legal cumple técnicamente su cometido al dar dinamismo al derecho laboral, los reales motivos que persigue el legislador pueden ser difusos si se insiste en una regulación poco efectiva y que eventualmente tienda a confundir al intérprete.

6. Nunca debe perderse de vista el hecho que detrás de una excesiva regulación laboral existe un riesgo inherente a la imposición de obligaciones al empleador, el cual, por maximizar el lícito beneficio que persigue su empresa, prefiera evitarse problemas futuros desincentivando la contratación de los sectores de mayor impacto recesivo: las mujeres y los jóvenes, precisamente los supuestos beneficiados con leyes de este tenor.

## Bibliografía

BERNALES ERRAZURIZ, Daniel (2009), *Informe sobre Igualdad de Remuneraciones* (inédito), 3 pp.

BUSTOS, Andrea (2009): *Hombres y Mujeres: a igual trabajo, igual remuneración*; disponible a texto íntegro en <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/523657/Hombres-y-mujeres-A-igual-trabajo-igual-remuneracion.html>

CABANELLAS, Guillermo (1987): *Tratado de Derecho Laboral* (Buenos Aires, Editorial Heliasta), Tomo I, Volumen 2, 538 pp.

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1973-1974). Actas Oficiales.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 252 pp.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2009): *Fundamentos de Derecho Laboral* (Santiago, Legal Publishing; 162 pp.

HISTORIA DE LA LEY 20.348 (2009), 250 pp., disponible a texto íntegro en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

LINARES QUINTANA, Segundo (1980): *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Buenos Aires, Editorial Plus Ultra). 9 Tomos.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998): *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Depalma), 437 pp.

ROBLES, Gregorio (1997): *Sociología del Derecho* (Madrid, Editorial Civitas S.A.), 318 pp.

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, BOLETÍN 4356-13 (2009), 72 pp.

THAYER ARTEAGA, William, y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2003): *Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III, Derecho Individual del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 441 pp.



## **Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo**

**Andrea Fraga Yoli**

Profesora Ayudante

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Como consecuencia de la crisis económica mundial, el empleo, sin duda, ha sido uno de los aspectos que se ha visto más afectado. En períodos como éste, en que la tasa de cesantía alcanza altos porcentajes, el análisis de las consecuencias que acarrea el término del contrato de trabajo pasa a ser un tema que recobra especial trascendencia.

Más allá de las indemnizaciones tradicionales a que da lugar el término de la relación laboral, a saber, la indemnización por años de servicio y la indemnización sustitutiva del aviso previo, cabe preguntarse si, como consecuencia del despido, el trabajador se encuentra facultado para demandar judicialmente el pago de una indemnización por el daño moral que dicha terminación podría provocar.

El término del contrato de trabajo es una manifestación del poder de dirección del empleador frente a un trabajador determinado, de modo que, en sí mismo, no podría provocar daño moral cuando se fundamenta en alguna de las causales legales. Resulta evidente que dicha decisión empresarial afectará al trabajador y le acarreará complejas consecuencias, tanto en su vida personal como familiar, sin embargo, no cualquier molestia o perturbación implica necesariamente que exista daño moral.

Sin embargo, cabe preguntarse qué pasa si el empleador, para justificar el despido de un trabajador, invoca una causal que, por ejemplo, afecta la honra de este último, como ocurriría si le imputa una conducta inmoral o una falta de probidad. Si la invocación de dicha causal se realizó injustificadamente o en forma abusiva, quizás sí podría sostenerse que ello podría causar un daño moral al trabajador involucrado en tales hechos.

En este sentido, cabe destacar lo que señala Sergio Gamonal , en su obra *Daño Moral en el Contrato de Trabajo*. A su juicio, las hipótesis en las cuales sería procedente una indemnización por daño moral serían el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo expresamente contemplado en el Código del Trabajo (artículo 168, inciso 3°) y el despido indirecto.

*“en el despido injustificado el juez ha decretado que el término del contrato ha sido injustificado, indebido o improcedente o que no se ha invocado causal alguna, debiendo analizarse en cada caso la eventual procedencia de una indemnización por daño moral según las circunstancias y motivaciones del despido.*

*En el despido abusivo considerado en la ley laboral, el empleador ha invocado ciertas causales de caducidad de especial gravedad sin un motivo plausible para ello. Se trata de un abuso en el cual se vulnera la naturaleza del despido invocándose de mala fe una causal de máxima gravedad.*

*En el despido indirecto, el empleador ha incurrido en ciertas causales de caducidad que facultan al trabajador para poner término al contrato. En estos casos será necesario establecer si la falta del empleador ha provocado un daño moral al trabajador para determinar si procede la indemnización”.<sup>1</sup>*

Según este autor, generalmente en el despido abusivo del artículo 168 y en el despido indirecto procedería la indemnización del daño moral por la entidad de las situaciones que configuran dichas causales, a diferencia de lo que ocurre en el despido injustificado, en donde sólo bajo algunos supuestos podría configurarse un despido abusivo. Esto último puede ocurrir ya que el empleador puede invocar una causal en forma errónea, de buena fe, incurriendo en un despido injustificado y quedando obligado al pago de las indemnizaciones laborales, pero en ese caso no se indemnizará el daño moral.

Se ha señalado incluso por la doctrina, que sería posible que el empleador sea quien sufra un daño moral por un incumplimiento del trabajador que infrinja el contrato de trabajo, situación en la cual, dependiendo de la gravedad, el empleador podría poner término a la relación laboral y reclamar la indemnización del daño moral.<sup>2</sup> Ello también procedería si el empleador es una persona jurídica, ya que se ha reconocido que éstos también son titulares de ciertos

<sup>1</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El Daño Moral en el Contrato de Trabajo*, LexisNexis, pág. 153.

<sup>2</sup> Álvarez Chávez, Víctor Hugo, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 1988, p. 102. citado por Sergio Gamonal en su obra *Daño Moral en el Contrato de Trabajo*.

derechos extrapatrimoniales, tales como los derivados del nombre, del honor y secreto de sus negocios.<sup>3</sup>

Ahora bien, dentro de las principales cuestiones que plantea este tema, resulta relevante, en primer lugar, analizar cuáles han sido las posturas que la doctrina ha sostenido para dar lugar o negar la procedencia de este tipo de indemnización, para luego referirse brevemente a qué se ha dicho respecto del régimen de responsabilidad aplicable y el tribunal competente para conocer de estas indemnizaciones, finalizando con un esbozo de las líneas jurisprudenciales que los tribunales han mantenido en el último tiempo.

## I. Doctrina

Existen dos claras posturas: hay quienes aceptan la indemnización del daño moral a consecuencia del despido, y otros que niegan su procedencia en forma categórica. Dentro de los argumentos que se han esgrimido por este último grupo, es posible mencionar los siguientes:

1. No sería procedente el pago de una indemnización por daño moral adicional a aquella establecida por la ley laboral, toda vez que esta última comprendería todo el daño patrimonial y moral derivado del despido injustificado, siendo procedente su pago se hayan producido o no daños al trabajador;

2. No existe ninguna norma legal que lo permita. El actual Código del Trabajo no contiene ninguna disposición que permita la indemnización del daño moral derivado de un despido injustificado. Es más, el artículo 176 de dicho cuerpo legal la excluiría al señalar que "La indemnización que deba pagarse en conformidad al artículo 163 será incompatible con toda otra indemnización que, por concepto de término de contrato o de los años de servicio pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente..."<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual, jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 130.

<sup>4</sup> Este es un proyecto de ley del año 2007 (fecha de ingreso 11 de septiembre de 2007), en el cual se pretende la consagración legal de esta indemnización. Dicha iniciativa se encuentra en el primer trámite constitucional y su texto señala: "Artículo único: Modifíquese el Código del Trabajo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. 1, publicado el 16 de enero del 2003, del siguiente modo:

1. Intercálase el siguiente nuevo inciso tercero al artículo 168, pasando los actuales tercero y cuarto a ser quinto y sexto, respectivamente:

"Lo dispuesto en los incisos anteriores no excluye el derecho del trabajador para exigir la reparación de los perjuicios extraordinarios que en materia extrapatrimonial, se le hubieran causado por un despido abusivo como el señalado en el inciso precedente; por uno declarado injustificado, indebido,

3. Las normas del Código del Trabajo, al ser de carácter especial, se aplican con preferencia a las normas civiles que sí contemplan la reparación integral del daño como principio general. Por lo tanto, al haber sido regulada la terminación del contrato de trabajo por la norma laboral, las disposiciones civiles no tendrían aplicación, ni siquiera supletoriamente. Si el legislador hubiera querido conceder una indemnización mayor, lo hubiera establecido expresamente.

4. En caso que el empleador invocara maliciosamente alguna causal de término de contrato, el juez puede aumentar la indemnización por años de servicio hasta en un 100 % si se hubieran invocado causales graves que afectan la honra del trabajador, como es el caso de las causales establecidas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 del Código del Trabajo y el despido fuera además declarado sin motivo plausible por el tribunal.

5. La procedencia de una indemnización adicional del daño moral por despido injustificado implicaría una doble indemnización del mismo daño (cúmulo de indemnizaciones), lo cual ocurriría si se admite que el trabajador puede reclamar una indemnización adicional a la que fija la ley laboral, puesto que esta última indemnización tiene por objeto compensar o reparar los daños causados al trabajador por el despido.

6. Finalmente, se ha señalado que el legislador ha establecido una indemnización tarifada a fin que el costo económico que su pago representa para el empresario no afecte la continuidad de su actividad productiva, y que pueda planificar previamente el desarrollo de su negocio ante la posibilidad de tener que pagar indemnizaciones por término de contrato. De lo contrario se produciría una grave inseguridad jurídica en las relaciones laborales.<sup>5</sup>

Para quienes **admiten que este tipo de indemnización es procedente** y acumulable con las indemnizaciones que establece la ley laboral, postura que parece ser la mayoritaria, dicha indemnización es excepcional, el daño debe ser relevante y estar debidamente acreditado. Es decir, admiten la procedencia de la indemnización por daño moral, pero en la medida que haya existido un despido abusivo, cuestión que debe determinarse casuísticamente de acuerdo con ciertos parámetros objetivos.

---

improcedente o sin invocación de causal, atendiendo sus circunstancias y motivaciones o por uno en que se hubiera procedido según lo dispuesto en el artículo 171. Dicha acción se sujetará a las reglas de la responsabilidad contractual y deberá interponerse ante el mismo tribunal que hubiera conocido el asunto.”.

2. Agrégase el siguiente inciso final al artículo 176:

“Lo anterior no afectará, en caso alguno, la reparación del daño moral a que se refiere el inciso tercero del artículo 168”.

<sup>5</sup> Sergio Gamonal Contreras, *Daño Moral en el Contrato de Trabajo*, LexisNexis, pág. 150.

Dentro de los principales argumentos que se han señalado en este sentido, se pueden mencionar los siguientes:

1. Si bien la ley laboral no contempla expresamente este tipo de indemnización para el caso del despido, como sí ocurre en materia de accidentes del trabajo, corresponde aplicar supletoriamente las normas generales del Código Civil, que es el derecho común aplicable. Si bien la norma laboral no se refiere a la posibilidad de una indemnización por daño moral, tampoco la prohíbe.

2. La indemnización que regula la ley laboral sólo cubre el daño patrimonial que produce el término del contrato, razón por la cual se requiere una indemnización adicional para remediar el daño moral que produce al trabajador un despido abusivo o injustificado.

3. Se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir, a contrario sensu, que en materia laboral no rige el principio de la reparación integral del daño.

4. No sería efectivo que la norma del artículo 176 del Código del Trabajo prohibiera la acumulación de una indemnización por daño moral con la indemnización por despido injustificado o abusivo, toda vez que:

- i) dicha norma se refiere a la indemnización del artículo 163, es decir, a la indemnización por años de servicio y no a la por despido injustificado, abusivo o indirecto, ya que no hace mención expresa a los artículos 168 y 171 del Código del Trabajo;
- ii) la incompatibilidad que establece dicha norma es respecto de otras indemnizaciones “por concepto de término de contrato o por años de servicio”. La indemnización por daño moral no es por término de contrato o por años de servicio, sino que por el daño moral provocado por el término de la relación laboral;
- iii) De interpretarse extensivamente la incompatibilidad del artículo 176, podrían generarse situaciones poco razonables. Por ejemplo, si un trabajador es despedido y se produce a su respecto daño moral y no le corresponde indemnización por años de servicio, porque sólo trabajó 4 meses, no operaría la incompatibilidad y el daño moral podría ser indemnizado,<sup>6</sup> y

<sup>6</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El daño moral en el contrato de trabajo*, LexisNexis, pág. 160.

iv) Al señalar el artículo 176 que la incompatibilidad es con toda otra indemnización por concepto de término de contrato o de años de servicio, “cualquiera sea su origen”, se refiere a la fuente de la misma, que puede ser legal o convencional, pero no a otras indemnizaciones de diferente fundamento, como el caso del daño moral indemnizable por término de contrato.<sup>7</sup>

5. La indemnización laboral tarifada no cubre todos los perjuicios que puedan producirse con ocasión de un despido injustificado, sino que comprende sólo los que razonablemente pueden producirse, determinándose sobre la base de parámetros objetivos que no dicen relación con el daño real que pueda experimentar el trabajador. No es posible considerarla compensatoria del daño ocasionado, porque en su determinación no se ha considerado el daño real que pudiera haber sufrido el trabajador despedido.

6. Finalmente, en relación con los aumentos porcentuales establecidos en el artículo 168 inciso 3° del Código del Trabajo, se ha señalado que éstos no compensarían el daño moral sufrido por el trabajador al ser despedido injustificadamente, toda vez que dichos porcentajes son accesorios a la indemnización por años de servicios y por lo tanto comparten su naturaleza jurídica. Al ser desechado el carácter compensatorio o reparatorio de tales indemnizaciones, también carecerían de dicha naturaleza tales porcentajes.

## **II. Del régimen de responsabilidad aplicable y el tribunal competente**

De admitirse que es procedente la indemnización del daño moral ocasionado por un despido injustificado o abusivo, la pregunta que surgirá inmediatamente es a qué ámbito de la responsabilidad correspondería dicha indemnización, si al ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, definición relevante toda vez que, tanto la doctrina como la jurisprudencia son reticentes a aceptar la procedencia de reparar el perjuicio extrapatrimonial en sede contractual.

Quienes sostienen que el régimen aplicable es el de la responsabilidad contractual, se basan en que, en la especie, se cumplirían los presupuestos de procedencia de tal régimen, a saber: **i)** existencia de un contrato, **ii)** que el daño sea causado por una de las partes en perjuicio de la otra, y **iii)** que el daño provenga de la inexecución del contrato. En efecto, existe un contrato de trabajo al cual el empleador le pone término sin una causa justificada, provocando un daño al dependiente, como asimismo la inexecución de dicho contrato, pues infringe su cláusula de duración.

<sup>7</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El daño moral en el contrato de trabajo*, LexisNexis, pág. 160.

Argumentan además que el régimen aplicable es el contractual, toda vez que el contrato de trabajo no se limita a un contenido patrimonial, sino que además tiene un contenido ético-jurídico, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato haya terminado.

Para quienes postulan que el régimen aplicable es el de la responsabilidad extracontractual, entre otras razones que señalan, está el hecho de que es precisamente el despido injustificado el que produce menoscabo al trabajador, es decir, el perjuicio moral se produce por el término de la relación laboral contractual, entonces resulta lógico aplicar a esta situación las reglas de responsabilidad extracontractual, por cuanto ya no existe un contrato vigente entre las partes.

Por lo demás, agregan que no es suficiente que el daño se produzca con ocasión de la prestación de servicios entre las partes del contrato para que de ello se concluya que la responsabilidad es contractual; es necesario acreditar que dicho daño es consecuencia de una infracción de las obligaciones y deberes que imponen a las partes la ley y el contrato.<sup>8</sup> El hecho dañino que irroga perjuicios al trabajador es un ilícito civil, ya que se trata de una actuación contraria a derecho que ocasiona un daño a un particular, de modo que los perjuicios se producen precisamente al término de la relación contractual, luego el régimen de responsabilidad es el extracontractual.

La importancia de la determinación del régimen de responsabilidad aplicable radica en que, dependiendo de cuál sea el régimen que se invoque, sería o no procedente la indemnización del daño moral por el término del contrato. Lo anterior, toda vez que, tradicionalmente, la indemnización del daño moral en sede contractual ha sido rechazada. En cambio, desde hace un tiempo se acepta con amplitud la indemnización del daño moral en sede extracontractual.

Por lo demás, el régimen de responsabilidad aplicable también es importante para determinar el tribunal competente para conocer de la acción indemnizatoria. Si se considera que el daño moral ocasionado por un despido injustificado encuentra su base en el contrato de trabajo, serán los tribunales laborales los

<sup>8</sup> Entre los autores que adhieren a esta tesis se puede mencionar a Ramón Domínguez, quien al comentar un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción en que se acogió una demanda de indemnización de perjuicios por daño moral ocasionado por un despido injustificado, señala que *"el fundamento de la indemnización que propugna la sentencia no se encuentra propiamente en el contrato de trabajo, ni en su ruptura, ni en su cumplimiento o incumplimiento, sino en el hecho ilícito, doloso o culpable de despedir esgrimiendo hechos o causales por los que se imputa al trabajador una conducta moral deshonrosa y que, por lo mismo, agravan su integridad psíquica y su honor. Se trata entonces de la aplicación de la doctrina y del fundamento civil común de la responsabilidad y, en especial, del abuso del derecho. Por lo tanto, entendemos que esta cuestión queda sujeta a las normas del derecho civil por hecho ilícito por tratarse de una verdadera responsabilidad delictual o cuasidelictual entre los contratantes y que escapa al contenido y límites del contrato"*.

llamados a conocer la controversia, por aplicación del artículo 420 del Código del Trabajo, letra a), el cual establece que serán competencia de estos juzgados las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral.

De seguirse la tesis de que la reparación del daño moral causado por un término abusivo de la relación laboral debe buscarse en sede extracontractual, esta acción tendrá como tribunal a un Juzgado de Letras Civil.

### III. Jurisprudencia

Con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código del Trabajo, ya habían tenido lugar algunos juicios en que trabajadores demandaron la procedencia de daño moral por el término de su contrato, fundados en la invocación maliciosa de ciertas causales de terminación. El Código del Trabajo del año 1987 establecía en su artículo 162 que, si el despido era declarado injustificado o indebido por el tribunal competente, se entendía que el contrato había terminado por desahucio con el correspondiente pago, por parte del empleador de las indemnizaciones por aviso previo y años de servicio. Además, establecía una “indemnización especial” para el caso de “invocación maliciosa” de ciertas causales de particular gravedad por el empleador, a fin de cubrir los perjuicios que ello causara al trabajador. Su monto era regulado por el juez y su pago era compatible con las indemnizaciones de aviso previo y años de servicio.<sup>9</sup>

La jurisprudencia entendió por “maliciosamente” el hecho que el empleador invocara con dolo una causal inexistente para despedir al trabajador, haciendo procedente el pago de esta indemnización.

Dentro de las sentencias más antiguas dictadas bajo ese supuesto,<sup>10</sup> se puede mencionar el fallo de fecha 1 de marzo de 1983, en la causa “**Becerra con Interfrigo Ltda**”, en el cual la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica expresó que,

<sup>9</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El Daño Moral en el Contrato de Trabajo*, LexisNexis, pág. 140.

<sup>10</sup> Otro fallo es el de la Excm. Corte Suprema, de fecha 29 de agosto de 1984, en que revocó una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago por imputación maliciosa de un hurto, en el cual la imputada fue absuelta en sede criminal. La Corte de Apelaciones señaló al efecto que: “consta en autos criminales tenidos a la vista, que la actora fue absuelta en definitiva de la acusación formulada a fs. 6, con lo que ha quedado demostrada su falta de responsabilidad en el delito, falta que se le imputaba. Si ello fue así, es lógico concluir que la imputación del mencionado delito falta de hurto fue maliciosa, pues no produjo convencimiento en el ánimo de los sentenciadores, quienes estimaron que no estaba acreditada la existencia del cuerpo del delito ni la participación de la actora, por lo que con tal imputación se produjo a ésta un daño que es obligación de la demandada reparar”. La Excm. Corte Suprema revocó dicho fallo,

a su juicio, los hechos y circunstancias aludidos en la sentencia son bastantes para presumir que el trabajador, a raíz del despido injustificado de su empleo por parte de la empleadora, sufrió un perjuicio moral o extrapatrimonial que ésta debe indemnizarle.<sup>11</sup>

Durante la vigencia del actual Código del Trabajo no existen muchos fallos relativos a este tema. Una sentencia importante de mencionar por ser una de las primeras en que se otorgó una indemnización por daño moral por el término de contrato, es la que se dictó en el juicio caratulado "**Céspedes con Banco del Estado**", año 1999.

Dicho fallo versa sobre un despido injustificado en el cual se le imputa a un trabajador falta de probidad por haber usufructuado dineros provenientes de los créditos que otorgaba. El banco fue condenado por despido injustificado y la Corte estimó que las indemnizaciones laborales por término de contrato no cubrían otros perjuicios causados al trabajador.

La Excma. Corte Suprema conociendo el recurso de casación interpuesto por el empleador, lo rechazó por estimar que *"la sentencia recurrida no derivó la existencia del daño moral del hecho del despido, sino del actuar del demandado en su defensa en este pleito, que estimó constitutivo de un ilícito civil que tuvo como efecto un daño moral que se reguló prudencialmente en la cantidad de \$10.000.000"*.<sup>12</sup>

Durante los últimos años, los tribunales han seguido conociendo algunos casos en que trabajadores han reclamado este tipo de indemnización, siendo destacables los siguientes:

- **Excma. Corte Suprema, 11 de abril de 2007, rol 3291-2005.** Dicho tribunal, acogiendo un recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandante, otorgó una indemnización por daño moral por la suma de \$5.000.000, aceptando la tesis de que dicha indemnización se enmarcaba dentro del régimen de responsabilidad contractual. El considerando quinto de dicho fallo señala: *"que hasta época relativamente reciente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinaron, prácticamente sin excepciones, por estimar que la indemnización de perjuicios por daño moral, tratándose de responsabilidad contractual, resultaba improcedente (...)* No obstante lo anterior, este criterio de marco rígido se ha ido batiendo en retirada y una

---

por estimar que el sólo mérito de la sentencia absolutoria penal en relación con los hechos invocados no basta para acreditar la invocación maliciosa de la causal, lo cual debe ser acreditado en el proceso respectivo.

<sup>11</sup> Fallo citado por Moraga Neira, René, en *Consulta laboral, legislación laboral y previsional*, Protram.

<sup>12</sup> Considerando séptimo del fallo de fecha 5 de mayo de 1999.

*reinterpretación de las normas que regulan la materia ha permitido que tanto la doctrina como la jurisprudencia reciente afirmen que la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual no sólo comprende o abarca los rubros de daño emergente y lucro cesante y que la ley no ha prohibido que la indemnización por daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos (...)* (énfasis agregado).

- **Excma. Corte Suprema, 22 de mayo de 2007, rol 3842-2006.**<sup>13</sup> Este juicio versa sobre un autodespido por una supuesta infracción a la obligación de seguridad por parte del empleador, en virtud de la cual el trabajador solicita se le indemnice el daño material, lucro cesante y daño moral. El considerando cuarto de dicho fallo establece: *“que de acuerdo a lo anotado, la controversia radica en determinar la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral, cuando ella tiene por causa mediata de pedir los mismos hechos en que la trabajadora fundó su autodespido, por el que litigó en otro juicio y en el cual obtuvo las indemnizaciones inherentes al término de la relación laboral ocasionado por el incumplimiento grave del empleador de la obligación de seguridad prevista en el artículo 184 del Código del Trabajo”*. Por su parte, en el considerando undécimo argumenta: *“que, de esta manera, en atención a la existencia expresa y específica de dichas indemnizaciones en la materia, que recompensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aun cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador, es que debe concluirse que la indemnización por el daño moral concebida de manera distinta a la ya examinada y que pudo producir el autodespido laboral, carece de sustento en la materia, y por ende la petición en tal sentido debe ser rechazada”* (énfasis agregado).
- **Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de agosto de 2007, rol 4525-2007.** En esta sentencia se acepta la procedencia del daño moral a consecuencia del término de contrato, sin embargo no se acoge la apelación interpuesta por estimar la Corte que no acreditó fehacientemente el daño por parte del demandante. En su considerando 11° señala: *“Que en materia de daño moral la tendencia actual de la doctrina y la jurisprudencia es a ampliar el concepto de daño moral a fin de reparar todas las especies o categorías de perjuicios morales y no sólo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos (...)* En orden a atribuir un contenido amplio al concepto de daño moral, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ha manifestado que estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma física o psíquica, como todo atentado contra

<sup>13</sup> En el mismo sentido, sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de agosto de 2007, rol 3327-2006.

*sus intereses extrapatrimoniales(...)*".<sup>14</sup> Finalmente, en el considerando 18° resuelve "Que, apreciada la prueba rendida por el demandante conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, según razones jurídicas, lógicas y de experiencia, **no permite acreditar los hechos o circunstancias que lesionan un interés extrapatrimonial del reclamante, o sea, el trato despectivo, las burlas y los comentarios tendenciosos**" (énfasis agregado).

- **Excma. Corte Suprema, 24 de septiembre de 2007, rol 4449-2006.** En este fallo, el Máximo Tribunal rechazó la procedencia de esta indemnización, por estimar improcedente que el demandante sea indemnizado dos veces por la misma circunstancia o que tenga derecho a una recompensa adicional sobre la base del mismo hecho, esto es, la terminación injustificada y anticipada del contrato de trabajo. En su considerando undécimo señala la línea que esta Corte ha mantenido sobre la materia: "*Que respecto del daño moral pretendido por el actor y que hace derivar de la terminación anticipada de la relación laboral, cabe señalar que esta Corte ha resuelto en causas similares (roles N° 3.680-00 y N° 5.737-04) que las instituciones correspondientes a la indemnización por falta de aviso previo y por años de servicios, propias del derecho laboral, constituyen los únicos resarcimientos que la ley contempla, originados en la relación de trabajo y en su conclusión irregular. En efecto, incluso la indemnización por años de servicios puede ser incrementada en los porcentajes previstos en el Código del Ramo. Así, en atención a la existencia de dichas indemnizaciones específicas en la materia, las que compensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aun cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador, es que debe concluirse que la reparación del daño moral está concebida de manera distinta a la señalada y se funda en los perjuicios que han podido producirse como consecuencia de los hechos que fundaron el despido materia de autos, es del todo improcedente, puesto que tal indemnización no ha sido especialmente reconocida en el ámbito del derecho laboral, excluyendo la que es propia del derecho común*" (énfasis agregado).<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Por su parte, en el considerando 12° señala: "*Que en materia laboral el daño moral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual, de ejecución del contrato, al término del mismo y postcontractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual. En la etapa de ejecución del contrato nada impide que cuando se incumplen obligaciones, que no impliquen su término, pueda resarcirse el daño moral. Existen muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del ius variandi o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa. La amplitud de las obligaciones laborales lleva a la consecuencia lógica de que existen múltiples posibilidades de que las infracciones al contrato generen un daño moral para una de las partes (...)*".

<sup>15</sup> En este fallo hubo un voto disidente del Ministro Sr. Libedinsky, quien estuvo por confirmar la sentencia en lo concerniente al daño moral: "*Si bien las reparaciones derivadas de un despido injustificado por parte del empleador están en principio limitadas por las normas que el Código del Trabajo fija al respecto en el Título V del su Libro I, ellas no excluyen que, en casos especiales, si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido, pueda reconocerse*

- **Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de septiembre de 2008, rol 2244-2005.** En este fallo la Corte admitió la procedencia de la indemnización por daño moral, pero en casos excepcionales, en los que resulte debidamente probado el daño moral que se invoca. En su considerando 9° dispone: *“La legislación laboral protege y regula una estabilidad relativa en el empleo, contemplando causales específicas el Código del Trabajo por las cuales el empleador o el trabajador pueden poner término a la relación laboral, de manera que la circunstancia que el empleador ponga fin al vínculo por alguna de las causales previstas en la ley no importa, en modo alguno, una conducta dolosa o culposa. En efecto, para que el despido fuera doloso, sería necesario demostrar que con intención de dañar se inventaron o fraguaron los hechos, y sería cuasidelictual si al hacerlo se actuara con culpa, ya sea en forma temeraria, negligente, descuidada o liviana, causando daño al trabajador”*.<sup>16</sup> En relación con la necesidad de prueba de la existencia y entidad del daño, en su considerando 14° señala : *“Entonces, corresponde que el trabajador demandante acredite que ha sufrido perjuicios que superan los normales derivados del hecho del despido y, si no lo hace, cabe entender que las indemnizaciones del despido injustificado compensan la aflicción ocasionada por la pérdida de la fuente laboral, incluyendo el daño moral reclamado”* (énfasis agregado).
- **Itma. Corte de apelaciones de Concepción, 25 de marzo de 2009, rol 1286-2009.** En este fallo, que es uno de los últimos dictados sobre este tema, esta Corte ha mantenido el mismo criterio señalado precedentemente, en orden a entender comprendido el daño moral dentro de las indemnizaciones por término de contrato. En su considerando 12° señala: *“Que la indemnización por daño moral que se funda en los perjuicios que se han producido como consecuencia de los hechos que fundaron el despido, es improcedente en el ámbito del derecho laboral. En efecto la Excm. Corte Suprema ha resuelto que las instituciones correspondientes a la indemnización por falta de aviso previo y por años de servicio, propias del derecho laboral, constituyen los únicos resarcimientos que la ley contempla, originados en la relación de trabajo que unió a las partes y en su conclusión irregular (Excm. Corte Suprema, sentencias dictadas en causas rol N° 3.327-2007; 3842-2006; 3680-2000 y 5.737-2004). Si no es procedente la indemnización por daño*

a favor de éste último una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral, pero ello no resulta procedente en el presente caso, toda vez que tales perjuicios excepcionales no pueden estimarse configurados en autos”.

<sup>16</sup> Su considerando 13° agrega que *“las indemnizaciones derivadas del despido injustificado no excluyen que, en casos especiales, si se demandan y prueban perjuicios extraordinarios, pueda reconocerse una indemnización adicional a la fijada por ley, como aquella fundada en la reparación del daño moral. En efecto, la indemnización del daño moral por término de contrato de trabajo procede en casos excepcionales y no en cualquier caso, esto es, en situaciones de especial gravedad, cuando el daño es de cierta entidad”* (énfasis agregado).

*moral cuando la relación laboral ha concluido en forma irregular, por despido injustificado o por despido indirecto por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte de la empleadora, con mayor razón no es procedente si la demanda de despido injustificado ha sido rechazada, como ocurre en el caso que se revisa”*(énfasis agregado).

Como puede apreciarse, la indemnización del daño moral a consecuencia del término del contrato es un tema respecto del cual no existe consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, sin embargo, es posible divisar cierta tendencia de los tribunales, ya sea a no acogerla en modo alguno, o bien a que sólo sea procedente en casos excepcionales y en la medida en que el daño moral que se invoca sea acreditado debidamente en el proceso.

### **Procedimiento de tutela laboral y la indemnización del daño moral por término de contrato**

Finalmente, y sin perjuicio de los argumentos esgrimidos precedentemente para acoger o negar la procedencia de este tipo de indemnización, es necesario referirnos brevemente acerca de la posibilidad de demandar judicialmente este tipo de indemnización dentro del marco del nuevo procedimiento de tutela laboral.

A modo introductorio, debemos señalar que dicho procedimiento se encuentra establecido en el párrafo 6° del Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo, y se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan, resulten lesionados por el ejercicio de facultades del empleador (artículo 485 del Código del Trabajo<sup>17</sup>).<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Art. 485 del Código del Trabajo: *“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto. Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (...).”*

<sup>18</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El Procedimiento de Tutela de los Derechos Laborales*, Editorial LexisNexis, página 21. En igual sentido, Fernando Orellana Torres, *Comentarios al Nuevo Proceso Laboral*, Editorial Librotecnia, página 259.

Tales derechos son: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que su ocurrencia sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; la vida privada y la honra del trabajador; inviolabilidad de las comunicaciones privadas; libertad de conciencia y culto; libertad de opinión y libertad de trabajo. Además, se agrega el conocimiento de los actos discriminatorios durante la ejecución y término de contrato, excluyendo expresamente las ofertas de trabajo; y también se incluyen las vulneraciones a la libertad sindical (prácticas antisindicales y desleales), en virtud de lo dispuesto en los artículos 282 y 389 del Código del Trabajo.

El artículo 485 ya citado señala que estos derechos resultarán lesionados cuando *“el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”*.

Pues bien, sin entrar en los detalles de la tramitación de este especial procedimiento, es relevante analizar para efectos de este análisis qué ocurre cuando la afectación de los derechos fundamentales que protege se produce a consecuencia del término del contrato. En este sentido, se han distinguido dos figuras: el despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave.<sup>19</sup>

En el primer caso, se trata de un despido en que se vulneran algunas de las garantías protegidas por este procedimiento, como por ejemplo cuando se despide a un trabajador por sus creencias religiosas. En este caso, el juez junto con dar lugar al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicio, con los recargos del artículo 168 del Código del Trabajo, **fijará una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual**<sup>20</sup> (énfasis agregado).

<sup>19</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El Procedimiento de Tutela de los Derechos Laborales*, Editorial LexisNexis, página 24.

<sup>20</sup> Artículo 489: *“En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.*

*Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior”*.

Por su parte, el despido discriminatorio grave es aquel que es declarado discriminatorio por haber infringido el inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo y, además, es calificado grave por resolución fundada. Si no es grave pero sí discriminatorio, el despido es solamente atentatorio de derechos fundamentales.<sup>21</sup>

Si el despido es discriminatorio grave, el despido es nulo y el trabajador tiene derecho a: i) ser reincorporado; o, ii) recibir el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicio, con los recargos del artículo 168 del Código del Trabajo, y de **una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.**

Respecto de la naturaleza de esta indemnización adicional a que se refiere la citada norma, Sergio Gamonal, en su obra *El Procedimiento de Tutela de los Derechos Laborales* señala que, parte de la doctrina considera que es una indemnización sancionatoria, y en consecuencia estaría pendiente la indemnización por el daño moral causado. En cambio, otra postura, que es la que este autor sostiene, considera que dicha indemnización adicional no es una mera tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez acerca del daño producido, especialmente el moral. El legislador laboral fija un piso y un tope dentro del cual evaluar los daños.<sup>22</sup>

Respecto de la discusión sobre la procedencia o no de este tipo de indemnización, hay un antecedente histórico que amerita ser considerado acerca de la eventual procedencia o no de la indemnización del daño moral por la vía de la tutela laboral.

En la historia legislativa de la Ley N° 20.087, el Primer Informe de la Comisión de Trabajo (Cámara de Diputados) señalaba que *"En el contenido de la sentencia condenatoria, el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos. Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización"*.

<sup>21</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El Procedimiento de Tutela de los Derechos Laborales*, Editorial LexisNexis, página 26.

<sup>22</sup> Sergio Gamonal Contreras, *El Procedimiento de Tutela de los Derechos Laborales*, Editorial LexisNexis, páginas 24 y siguientes.

Por su parte, el Subsecretario del Trabajo, señor Yerko Ljubetic, explicó que la sustitución del artículo 420 vigente del Código del Trabajo es clave en el proyecto, puesto que amplía la competencia de los tribunales con competencia en lo laboral. Fueron objeto de discusión las letras a), f) y g).

La letra f), que establece la competencia de la justicia laboral para conocer de los asuntos en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador *incluso en lo referido a la reparación del daño moral que emane de actos previos a la contratación, de los producidos durante la vigencia del contrato y de los que se produzcan con motivo de su extinción o con posterioridad a ésta*, se explica –señaló el señor Subsecretario– en atención a la doctrina jurídica moderna que sostiene que incluso, una vez extinguida la relación laboral, se pueden cometer actos que provoquen menoscabo en la persona del trabajador, como la publicación de listas que den cuenta de despidos de ex dirigentes sindicales; y lo mismo puede ocurrir por actos previos a la contratación, como exigir la presentación de certificados de esterilidad a mujeres que postulan a un puesto de trabajo”.<sup>23</sup>

Luego de ser ampliamente discutida dicha modificación, el artículo 420 del Código del Trabajo sólo fue modificado en su letra c), relativa a las cuestiones derivadas de las normas de previsión o de seguridad social, pero no se aceptó la propuesta de modificar su letra f), lo cual podría dar cierta pauta acerca de si la indemnización por daño moral es o no procedente por medio de este procedimiento. Es esperable que por la vía jurisprudencial, los tribunales vayan resolviendo estas cuestiones, al tener que pronunciarse sobre su competencia para conocer de este tipo de pretensiones.

<sup>23</sup> Historia de las leyes 20.087 y 20.260, disponible en su texto íntegro y tramitación legislativa en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

# Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)

**Marcela Valeria Arroyo Matteucci**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

Postitulada en Asesoría Jurídica de la Empresa

Magister en Derecho de la Empresa

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## 1. Concepto

Es un beneficio incorporado al Contrato de Salud Previsional y dependiente de éste, adicional al Plan de Salud complementario, que la mayoría de las Isapres ofrecen a sus afiliados y beneficiarios para problemas de salud de alto costo, y que consiste en un aumento de la cobertura para los gastos de una enfermedad catastrófica, cuando dichos gastos superen cierto monto en el ámbito de las prestaciones hospitalarias y ambulatorias expresamente indicadas.

Este beneficio subsistirá no obstante alteraciones por mutuo consentimiento de las partes o por adecuación contractual, sufriendo modificaciones sólo por cambios en la normativa de beneficios mínimos legales, de cotización legal de salud, en el régimen de Prestaciones de Salud y en el régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES).

Debe ser ofrecido por la Isapre respectiva a todos sus afiliados sin consideración al estado de salud de éstos o de sus beneficiarios, evitándose toda forma de discriminación, tanto en planes individuales como grupales, conforme a los arts. 197 y 198, y 200 respectivamente, del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud.

## 2. Normativa

Fue regulada por primera vez en la **Circular N° 59, de 29.02.2000**, de la Superintendencia de Isapres, que impartió instrucciones para su incorporación a los contratos de salud previsional, y su Anexo "**Condiciones de Cobertura para Enfermedades Catastróficas**", que formaba parte integrante de ésta.

Con la modificación en cuanto a los beneficios mínimos que deben entregar las Isapres, incorporando las GES (Ley 19.966) y debiendo otorgar como mínimo la cobertura financiera FONASA Libre Elección para todas las prestaciones contenidas en los contratos de salud, se configuró la causal prevista en el artículo 8 del Anexo que habilitaba a las Isapres para incorporar modificaciones a dicha cobertura.

Frente a la presentación ante la Superintendencia de Salud por parte de la Asociación de Isapres de Chile de un documento que contenía estas nuevas condiciones, dicha Superintendencia dictó la **Circular IF N° 7, de 01.07.2005**, que imparte instrucciones sobre las **Nuevas Condiciones de la CAEC**, y su **Anexo**.

Si bien dicha circular señala en su epígrafe que “complementa la Circular N° 59” y en el punto 1.2 sobre Generalidades dispone que a las condiciones de cobertura les serán aplicables las instrucciones de la Circular 59, en especial las previstas en los puntos que enumera; en el número 11 del artículo II del Anexo expresa que la presente cobertura adicional “reemplaza en todas sus partes las condiciones de este beneficio contempladas en la Circular N° 59 del año 2000”.

A estas normas deben agregarse la **Circular IF N° 77, de 28.10.2008**, Compendio de Normas Administrativas de la Superintendencia de Salud en materia de Beneficios, que desarrolla lo relativo a la CAEC en su **Capítulo IV**, además de su **Anexo**; y la **Circular IF N° 76, de 25.08.2008**, que imparte Instrucciones sobre la Adhesión, Revocación y Entrega de Condiciones Tipo para el Otorgamiento de Beneficios por parte de las Isapres, y sus **Anexos**.

Cabe señalarse además la **Circular IF N° 71, de 27.06.2008**, que modifica Instrucciones sobre el Envío de Información sobre Redes de Prestadores de Salud, a objeto que los usuarios que consulten sobre las redes CAEC a través de sistema de asistencia remota habilitado por el Ministerio de Salud cuenten con información actualizada sobre prestadores de las Isapres.

### **3. Definición de enfermedad catastrófica**

Concepto económico y no médico es todo diagnóstico, enfermedad o patología cuyos copagos –montos a pagar por el afiliado– sean superiores al deducible que le corresponde pagar al afiliado o beneficiario.

**Copago:** diferencia entre el valor cobrado por las prestaciones cubiertas por el plan de salud complementario y la bonificación efectiva que otorga dicho plan.

**Deducible:** suma de los copagos correspondientes a un mismo diagnóstico, que deben ser acumulados por el afiliado para tener derecho a esta cobertura, siendo equivalente a la cantidad de 30 veces la cotización pactada en el Plan de Salud, por cada beneficiario que lo utilice, con un mínimo de 60 UF y un máximo de 126 UF, por cada enfermedad catastrófica o diagnóstico. Utilizada por más de un beneficiario o en más de una enfermedad catastrófica para un mismo beneficiario, el deducible total será de 43 cotizaciones pactadas por cada período anual, el que no podrá exceder de 181 UF.

Es anual, por lo que una vez cumplido el año, el beneficio debe ser renovado por el afiliado en su Isapre. Si al vencimiento del período anual la Isapre decide poner término al beneficio para una determinada enfermedad catastrófica, deberá comunicar al beneficiario el término del período con 30 días de anticipación; caso contrario, se verá obligada a renovar automáticamente el beneficio, iniciándose el cómputo de un nuevo deducible.

El deducible de una enfermedad catastrófica se calculará por la Isapre desde el ingreso del afiliado a la Red de Atención Médica de la Isapre.

La cotización pactada, base de su cálculo, es la suma del precio del Plan de Salud complementario, el precio de las GES, el de la CAEC y el de los beneficios adicionales.

Una vez pagado el deducible, la Isapre cubre en un 100% los gastos originados por la enfermedad catastrófica.

Será siempre de cargo del afiliado, pero éste podrá obtener un crédito para su financiamiento solicitándolo a la Isapre, previo cumplimiento de los requisitos que se establecen en los Anexos respectivos, o a un tercero (Caja de Compensación, Bancos e Instituciones Financieras).

No obstante el término del contrato de salud durante el servicio del crédito, la Isapre acreedora continuará cobrando las cuotas mensuales del préstamo, y sólo será exigible el total del saldo adeudado ante el incumplimiento del pago de dos o más cuotas.

#### **4. Otorgamiento de la cobertura**

Para que un afiliado o beneficiario pueda acceder a la CAEC, debe atenderse necesariamente dentro de la Red de Atención Médica de la Isapre, integrada por los prestadores médicos e instituciones que cada Isapre ha dispuesto para el otorgamiento de este beneficio.

Para ello, cuando el afiliado presuma que la enfermedad que se le ha diagnosticado puede transformarse en catastrófica, deberá solicitar a la Isapre su ingreso a la Red de Atención Médica, debiendo ésta designar y derivar al prestador correspondiente dentro de un plazo de 2 o 3 días hábiles, según se trate de pacientes hospitalizados o no (N° 5 inc. 2° del art. 1 del Anexo de Circular IF N° 77).

Si el beneficiario se atiende fuera de la Red, no tiene el beneficio de CAEC, sólo le corresponde cobertura de acuerdo a su Plan de Salud complementario.

La Isapre tiene la obligación de informar a su beneficiario sobre la posibilidad de acogerse a la CAEC cuando tome conocimiento que se le ha diagnosticado una enfermedad potencialmente catastrófica e indicarle los procedimientos para solicitar el beneficio, disponiendo de un funcionario especialmente encargado por la Isapre para ello, cuya designación deberá efectuarse ante la Superintendencia de Salud. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de poner a disposición del público, en sus oficinas de atención y páginas web, información general acerca de la modalidad de acceso, deberes y derechos en relación a la CAEC, incluyendo en estas últimas el Formulario N° 1 de "Solicitud de Incorporación a la Red Cerrada de la CAEC y GES-CAEC" para su impresión y presentación en la Isapre.

Asimismo, en caso de insuficiencia de prestadores, sea por falta de profesionales o de medios, y habiendo transcurrido un tiempo de espera máximo, la Isapre deberá derivar al paciente a otro prestador de similares condiciones de calidad médica e idoneidad técnica.

#### **4.1. Atenciones de Urgencia con Riesgo Vital o Secuela Funcional Grave**

Son aquellas condiciones de salud que implican urgencia vital o secuela funcional grave que requieren hospitalización inmediata e impostergable.

##### **4.1.1. Hospitalización fuera de la Red**

Si requiriendo atención inmediata e impostergable se hospitaliza fuera de la Red, "el beneficiario o su representante" debe solicitar a la Isapre el beneficio y el ingreso a la Red CAEC, y ésta designará en el plazo de 2 días hábiles desde la solicitud un prestador de la Red al cual deberá trasladarse, una vez que se autorice médicamente dicho traslado. No se señala plazo para dicha solicitud en el Anexo de la Circular IF N° 7, texto que pormenoriza las condiciones específicas para el otorgamiento de la CAEC (art. I N° 4), pero en la Circular misma, a propósito del tema de la Difusión (número 7) se establece la obligatoriedad de las Isapres de tener a disposición de sus afiliados información general acerca

de la modalidad de acceso, contemplando, entre otros, y como mínimo, la información "aviso inmediato en caso de urgencia fuera de la Red".

Tratándose de paciente hospitalizado, de no contarse con la autorización del médico tratante para el traslado, el beneficiario no gozará de los beneficios de esta cobertura, subsistiendo los de su Plan de Salud complementario, sin perjuicio de los derechos y beneficios por urgencias vitales o con secuela funcional grave del art. 173 del DFL N° 1 de 2005.

Sólo en caso de urgencia con estas características, el traslado propiamente tal se incluirá en la cobertura, efectuándose por el prestador de la Red que la Isapre designe.

Desde la fecha en que el paciente ingresa al prestador de la Red CAEC al que fue derivado, en el tipo de habitación definida por la Isapre para ello, se inicia la cobertura catastrófica y el cómputo del deducible; en este caso de urgencia con riesgo vital o secuela funcional grave los copagos derivados de la atención de urgencia en un prestador fuera de la Red se computan para el cálculo del deducible.

Si la Isapre no designa prestador dentro de los 2 días hábiles desde la solicitud, los copagos en este tipo de urgencias se computarán para el cálculo del deducible desde el ingreso del paciente en el prestador ajeno a la Red.

#### ***4.1.2. Hospitalización dentro de la Red***

Si se hospitaliza dentro de la Red, se establece un plazo de **48 horas** contadas desde el ingreso al centro asistencial para que el beneficiario o su representante dé el aviso, con el objeto que la Isapre pueda administrar el caso y controlar las condiciones de atención del paciente en el prestador.

La cobertura operará desde el ingreso a la Red, siempre que el paciente se mantenga en el tipo de habitación determinado por la Isapre, salvo traslado a Cuidados Intensivos o Intermedios.

Sin embargo, la Circular IF N° 77 (N° 3 inc. 3° del Título III) señala que esta cobertura dentro de la Red regirá también cuando se verifique el impedimento de dar aviso por razones que no son imputables al beneficiario, aplicándose la condición de mantención en el tipo de habitación contemplada por la Isapre con la excepción de traslado señalada.

## 4.2. Cómputo de los copagos para acumular el deducible

Una vez que el afiliado o beneficiario opta por ingresar a la Red de atención médica dispuesta por la Isapre, los copagos que se generen por la enfermedad catastrófica serán imputados al deducible y, una vez completado éste, la Isapre comenzará a cubrir en un 100% los gastos que se generen.

## 5. Prestaciones cubiertas por la CAEC

Todas las prestaciones de carácter hospitalario, y excepcionalmente las siguientes prestaciones ambulatorias:

1. Drogas inmunosupresoras en trasplantes.
2. Radioterapia.
3. Drogas citotóxicas aplicadas en ciclos de quimioterapia para tratamiento del cáncer.
4. Medicamentos coadyuvantes o biomoduladores que se usan antes, durante o después de los ciclos de quimioterapia, que estén considerados en los programas del Ministerio de Salud.

### 5.1. Prestaciones excluidas

1. Prestaciones derivadas de problemas de salud que reúnan las condiciones exigidas para ser cubiertas por el régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES).
2. Exclusiones establecidas en el contrato de salud.
3. Patologías derivadas de complicaciones y secuelas de tratamientos cosméticos o con fines de embellecimiento.
4. Tratamientos hospitalarios de patologías psiquiátricas, adicciones a drogas o alcoholismo.
5. Tratamientos de infertilidad o esterilidad.
6. Tratamiento quirúrgico de la Obesidad Mórbida, sus complicaciones y secuelas, salvo que se cumplan los requisitos especiales que se definen en las condiciones del beneficio.
7. Cualquier tratamiento posterior a un tratamiento de obesidad, tanto quirúrgico como no quirúrgico, que tenga el carácter de cosmético, tales como abdominoplastia u otra corrección derivada de la baja de peso.
8. Tratamientos odontológicos.
9. Prestaciones médicas, fármacos y técnicas con carácter de experimental para la patología en tratamiento o que no estén avaladas por sociedades científicas chilenas.
10. Medicamentos e insumos que no estén registrados por el Instituto de Salud Pública (ISP), de acuerdo a la normativa vigente en el país.

11. Atención domiciliaria en todas sus formas.
12. Hospitalización domiciliaria, salvo se cumplan requisitos especiales que se definen en las condiciones del beneficio.
13. Prestaciones que no estén detalladas en el arancel del Plan Complementario.
14. Cirugías programadas realizadas fuera de la Red y sus complicaciones, mientras no se incorpore a la Red CAEC.
15. Prestaciones otorgadas en establecimientos o instituciones ubicadas fuera del territorio nacional y todas aquellas prestaciones que se realicen fuera de la Red.
16. Prestaciones y medicamentos ambulatorios no codificados en el arancel del Contrato de Salud, salvo situación del párrafo 3 del art. 1 del Anexo de la Circular IF N° 7.
17. Prestaciones homologadas, entendiendo por tales el reemplazo de prestaciones por otras no codificadas en el arancel del Contrato de Salud.

Estas exclusiones no alteran la bonificación de estas prestaciones en el correspondiente Plan de Salud Complementario.

## **5.2. Patología garantizada en el Régimen de Garantías Explícitas en Salud GES**

No corresponde la aplicación de la CAEC, y se deben hacer efectivas las Garantías Explícitas en Salud, pudiendo el beneficiario optar entre atenderse bajo las condiciones de la GES o de su Plan de Salud Complementario.

Sin embargo, existe un beneficio especial denominado GES-CAEC, cuyo objetivo es cubrir prestaciones médicas no garantizadas por la GES, pero incorporadas en las Guías Clínicas elaboradas por el Ministerio de Salud para cada problema de salud incluido en la GES.

## **5.3. Hospitalización domiciliaria**

Se solicita a la Isapre, para que ésta designe a un prestador CAEC, empresa que da el servicio de hospitalización domiciliaria. Requisitos:

1. Paciente hospitalizado en prestador de la Red sometido a tratamiento que requiera la presencia de médico tratante.
2. Médico tratante distinto del médico supervisor del prestador CAEC.
3. Paciente sin Alta (sólo se trata de sustitución de hospitalización, siempre que su continuidad no se justifique sólo por la administración de medicamentos).
4. Que no se trate de enfermedades crónicas y tratamientos de antibióticos.

Si bien la hospitalización domiciliaria y su duración deben ser determinadas por el médico tratante, la Isapre derivará al paciente al servicio de atención domiciliaria señalando la duración de ésta conforme la indicación de dicho médico tratante, debiendo la empresa prestadora del servicio estar acreditada, cumplir las normas legales y reglamentarias sanitarias, contar con dirección médica y llevar Ficha Clínica del paciente. La Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la hospitalización domiciliaria.

#### **5.4. Tratamiento quirúrgico de Obesidad Mórbida**

No debe consistir en instalación de balón intragástrico, y se realiza en establecimiento de la Red. Requisitos:

1. Vigencia del beneficiario en la Isapre superior a 18 meses.
2. Paciente con Índice de Masa Corporal (IMC) igual o superior a 40.
3. Fracaso de tratamiento médico de al menos 1 año por equipo multidisciplinario.
4. Autorización por siquiatria designado por la Isapre, que no contraindique la cirugía.

#### **6. Término de la cobertura**

A. Cuando el beneficiario completa el período anual desde el momento en que se comenzó a acumular el deducible, esto es, desde el primer copago, sin perjuicio de solicitar la renovación del beneficio en las condiciones y plazos correspondientes.

B. Cuando un médico de la Red otorga orden de Alta al paciente.

C. Cuando el beneficiario decide voluntariamente retirarse del sistema de la Red.

D. Cuando el beneficiario no cumple la prescripción médica indicada por los prestadores de la Red.

E. Cuando el Contrato de Salud termina por cualquier causa.

#### **7. Innovaciones de la circular IF N° 7 en relación a la circular 59**

1. Excluye expresamente las prestaciones otorgadas fuera del territorio nacional, incorporando incluso la expresión "en Chile" en el título del Anexo. Como la anterior circular no se pronunciaba respecto de prestaciones en el extranjero, ha sido materia de numerosos recursos de protección interpuestos por los afiliados.

2. El deducible pasa a ser anual (era bienal) y cuando el beneficio sea utilizado por más de un beneficiario o por uno mismo en más de una enfermedad catastrófica se determina un deducible de 43 cotizaciones pactadas por cada período anual con un mínimo de 60 UF y un máximo de 181 UF. Producida una tercera enfermedad catastrófica, no será necesario completar un nuevo deducible.

3. El plazo de 48 horas para dar aviso a la Isapre se establece ahora para hospitalizaciones de urgencia dentro de la Red (regía para la situación contraria, hospitalización fuera de la Red). En el Anexo, al tratar el tema de las Atenciones de Urgencia, no se señala plazo específico para el aviso en ingreso fuera de la Red. La Superintendencia de Salud en su página Web señala que en tal caso el aviso deberá ser “de inmediato”, lo que dificultaría aun más la obtención del beneficio.<sup>1</sup>

4. Desaparece la causal de término del Contrato de Salud del afiliado por el no pago durante 2 meses consecutivos o 3 alternados a la Isapre de la cuota del crédito otorgado por ésta para financiamiento del deducible. Sólo procede la ejecución del pagaré respectivo en caso de incumplimiento de pago de 2 o más cuotas.

5. Aumentan ostensiblemente las prestaciones no cubiertas por el beneficio. Destaca la exclusión de prestaciones y técnicas experimentales o no avaladas por sociedades científicas chilenas, lo que afecta a aquellas de última generación o que pudieran constituir la última posibilidad para un paciente; y que al mismo tiempo se impida el goce de la CAEC por prestaciones en el extranjero.

6. Se incorpora la Hospitalización Domiciliaria, con excepción de las enfermedades crónicas, que por cierto son las que más la justifican.

7. Incorporación de la cobertura especial GES-CAEC.

### **7.1. Situaciones de controversia**

- I. Falta de aviso o extemporaneidad de éste.
- II. Paciente hospitalizado fuera de la Red sin autorización para traslado por parte del médico tratante.

<sup>1</sup> [www.superintendenciadesalud.cl](http://www.superintendenciadesalud.cl) o [www.supersalud.cl](http://www.supersalud.cl)

### **7.1.1. Falta de aviso o extemporaneidad de éste**

“El beneficiario o quien actúe en su representación en caso de menores de edad o de pacientes impedidos de efectuar el procedimiento por sí mismos, deberá solicitar el ingreso a la Red de atención médica, a partir del momento en que presuma que la enfermedad que se le ha diagnosticado puede transformarse en una enfermedad catastrófica, para lo cual deberá solicitar a la Isapre la designación y derivación al prestador correspondiente” (Anexo Circular IF N° 77, art. I N° 5 inc. 1°).

1) Considerando que la calificación de catastrófica de una enfermedad es una noción económica y no médica, y particularmente en atenciones de urgencia, es innegable la dificultad de poder presumirla antes de verificadas las primeras prestaciones, ya que sólo el conocimiento de los valores de éstas podrían dar una referencia, los cuales se precisarán solamente con posterioridad a su otorgamiento.

2) La normativa regulatoria de la CEAC está contenida en una Circular de la Superintendencia no publicada en el Diario Oficial. Si bien el beneficio se entiende incorporado a los Contratos de Salud previsional, debe entenderse que solo puede exigirse su conocimiento a las partes que lo han suscrito, lo cual aun así es discutible.

3) Llama la atención que el obligado a solicitar el ingreso a la Red sea en primer término “el beneficiario” y no el “afiliado”, que es el contratante, ya que dicho beneficiario, a menos de ser afiliado al mismo tiempo, es ajeno al contrato. ¿Puede acaso privarse de la CAEC a un paciente porque un tercero extraño al contrato no la solicitó dando aviso a la Isapre, como sería el caso de un afiliado que llega a la urgencia de cualquier hospital acompañado de un vecino, una persona de su servicio doméstico o un familiar ajeno al contrato, sobre los cuales no puede recaer obligación alguna de esta índole, e incluso desconocen el régimen de salud del paciente?<sup>2</sup>

Respecto de pacientes impedidos de efectuar el procedimiento por sí mismos, no queda claro quiénes pueden ser reputados “representantes” de éste, siendo que una enfermedad no significa la pérdida de su capacidad legal.

Si bien la Circular soluciona el problema respecto de atenciones de urgencia dentro de la Red, estableciendo que regirá la cobertura cuando se verifique el

<sup>2</sup> Recurso de Protección “Marcela Valeria Arroyo Matteucci contra Isapre MasVida S.A.”, C. de Apelaciones de Concepción, Rol 299-2004.

impedimento de dar aviso por razones no imputables al beneficiario, queda sin solución la hospitalización fuera de la Red, lo cual resulta discriminatorio considerando que razones de ahorro de tiempo y prontitud en la atención, o médicas relacionadas con la especialidad de la patología, llevan al paciente a un establecimiento de salud sin distinción de pertenencia o no a la Red de una determinada Isapre.

### **7.1.2. Paciente hospitalizado fuera de la red sin autorización médica de traslado**

“En el caso del paciente hospitalizado, el beneficiario o representante deberá contar con la autorización del médico tratante para su traslado. De no contarse con la autorización para el traslado por parte del médico tratante, no podrá gozar de los beneficios de esta cobertura” (Anexo Circular IF N° 77, art. 1 N° 5 inc. 3°).

1) Resulta sorprendente el privar a un paciente de la CAEC justamente por la gravedad de su enfermedad, que impide la autorización de traslado desde un punto de vista médico a un establecimiento de la Red. Se hace relevante la contradicción entre la calificación de la enfermedad de “catastrófica” como noción médica contra la económica, predominando esta última.

2) El peligro que conlleva el hecho que los facultativos se vean presionados a autorizar el traslado, incluso por petición de parientes o del mismo paciente, sólo en razón de poder obtener la CAEC.

## **8. Constitucionalidad de la normativa sobre CAEC**

La **Constitución Política** en su **artículo 19 número 1** resguarda “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, garantía consagrada en tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, y que pudiera estimarse en riesgo en este caso.

Pero además, y tal como lo expresa el profesor don Ramón Domínguez A., “la superioridad de la Constitución como norma determina la sumisión del resto del ordenamiento a sus prescripciones, así como también el del actuar de los órganos del Estado y aun de los particulares”,<sup>3</sup> principio consagrado en los **artículos 6° y 7° de la Constitución Política**.

<sup>3</sup> “Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno”; Dr. Ramón Domínguez Águila.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia (13.06.1995) redactada por el profesor don René Ramos P. y confirmada por la Corte Suprema (20.09.1995), resolvió: "Legalidad Constitucional significa que se ha de observar el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esta facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un derecho o garantía constitucional. En otros términos, deben interpretarse las normas con la debida coherencia para que la conclusión no vulnere un derecho garantizado por la Constitución. Así resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 6° y 7° y en especial el 19 número 26 de la Carta Fundamental".

Y esta adecuación a la Constitución no solamente obliga a las partes del Contrato de Salud cuando interpretan la norma contractual y legal, sino que también incluso a la misma Superintendencia de Salud, cuando ejerciendo sus funciones y atribuciones interpreta normas, imparte instrucciones y dicta órdenes para su aplicación y cumplimiento.

### **9. Oficio ordinario 5905, 27.07.2000**

Dicho oficio precisa que no es requisito para acceder a los beneficio de la CAEC que el afiliado no registre anotaciones en el Boletín Comercial, requisito que sólo procede cuando éste solicita a la Isapre un crédito para financiar el deducible.

Tal exigencia resultaría lógica si consideramos que todo potencial acreedor tiene interés válido en conocer la solvencia y capacidad de cumplimiento de un futuro deudor; pero si el deducible es pagado por el afiliado sin solicitar préstamo alguno, no es menester para la Isapre conocer su información comercial y menos ser argumento para negarle el derecho a la CAEC.

# **Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima**

**Rafael Gómez Balmaceda**

Profesor Titular de Derecho Comercial

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **Introducción**

De las diversas formas societarias, ninguna ofrece la importancia que tiene la sociedad anónima en la vida de los negocios, merced a la regulación que han adoptado las legislaciones para permitirles que canalicen los capitales dispersos de diversos grupos de inversionistas y aislen sus riesgos y conseguir con su configuración legal y organizativa abrazar empresas de envergadura económica para satisfacer los desafíos que nos plantea la realidad en estos días.

Para comprender el desenvolvimiento que tiene su capital, dado el rumbo que se le ha infundido a sus actividades, resulta de interés adentrarse en los aspectos de su contabilidad y del control de sus cuentas, a fin de que la marcha de sus negocios no sufra contratiempos y frustre el buen logro de sus objetivos, en cuyo propósito está de por medio no sólo el interés de sus accionistas, sino que además el de su administración, el de terceros y de la propia comunidad, en general.

Por consiguiente, los juristas no pueden prescindir de profundizar el estudio de estas materias, por lo que han desarrollado algunas ideas que sólo tienen la finalidad de esbozar el planteamiento que suscita su enfoque.

## **1. Significado del capital y resguardo del patrimonio de la S. A.**

**1.1.** Para comprender claramente el sentido que tiene esta materia, ha de considerarse que la **característica que tiene la sociedad anónima de ser una sociedad de capital explica, por sí misma, su importancia, como quiera**

**que puede afirmarse que conforme a su índole entraña, propiamente, un capital con categoría de persona jurídica<sup>1</sup>** y por lo mismo, es el capital el que ilumina su esencia y la protección de su patrimonio repercute íntimamente en la responsabilidad que tienen sus administradores.

**1.2.** El capital social, en un sentido técnico, representa una cifra fija y permanente de la contabilidad, y el patrimonio social a la inversa es variable, como mutables son los distintos bienes, derechos y obligaciones que lo forman y al que le infunden movilidad las operaciones derivadas del propio funcionamiento de la sociedad.

Lo cierto es que la cifra del capital mide el estado de las cuentas sociales, porque asentada en el pasivo la cuantía del capital social, ocurre que el activo del patrimonio, compuesto por los bienes y derechos y detraídas que fueren del mismo las cargas y obligaciones que afectan al pasivo, que dará la cifra del patrimonio líquido, su diferencia determinará si se cubre o no la cifra del capital social, de cuyo exceso o disminución dependerá la disposición de los recursos con que cuenta la sociedad para cumplir su giro, hacer frente a la garantía mínima de los acreedores sociales y a la distribución eventual entre los accionistas de los beneficios que obtenga la sociedad.

**1.3.** Pesa, por lo mismo, respecto de los administradores de una sociedad, la obligación de preservar el patrimonio social, en resguardo de la propia finalidad social, en cuya consecución está en juego, por ende, tanto el interés **societario** como el beneficio que de su explotación han de reportar sus **accionistas**, cuanto además el que han de recabar del mismo sus **acreedores**, que sólo cuentan hasta el monto del capital social para hacer efectivos sus créditos contra la sociedad.

**1.4.** La ley ha regulado el capital social con especial rigurosidad, como se refleja a través del contexto de diversas de sus disposiciones, como son, desde luego, las siguientes: **a)** que su **determinación** es un requisito esencial de la escritura de constitución; **b)** que su **aporte inicial** habrá de satisfacerse por los accionistas dentro de un período de tiempo restringido, como lógica consecuencia de la limitación que caracteriza a la responsabilidad social; **c)** que **los aportes no consistentes en dinero**, salvo acuerdo unánime, deberán ser estimados por peritos; **d)** que durante su funcionamiento, **el capital habrá de mantenerse inalterable**, de modo que salvo excepciones, sólo por una reforma de los estatutos podrá ser aumentado o disminuido; **e)** que se limita a casos especialísimos la **adquisición por la sociedad de acciones de su propia**

<sup>1</sup> Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, 1998, pág. 436, Tomo I.

**emisión; f) que los directores deberán cuidar el patrimonio social; g) que responderán solidariamente de los perjuicios causados por sus actuaciones dolosas o culpables; h) que será nula toda estipulación en contrario y para cautelar sus operaciones, se ha previsto incluso en la ley todo un conjunto sistemático de obligaciones y prohibiciones de orden público a que están sujetos, como resulta de los artículos 42, 43, 44, 45 y 46, en relación con los artículos 86 y siguientes y 101 y 102 de la ley; i) que, por lo mismo, el directorio ha de rendir una cuenta anual pormenorizada de su gestión; j) que, con tal objeto, deberá presentar a la consideración de la junta ordinaria de accionistas una memoria razonada acerca de la situación de la sociedad en el último ejercicio, acompañada del balance general, del estado de ganancias y pérdidas y del informe que al respecto presenten los auditores externos o inspectores de cuentas, en su caso, a quienes se les confía su fiscalización; k) que todos estos documentos habrán de reflejar con toda claridad la situación patrimonial de la sociedad al cierre del ejercicio, así como los beneficios obtenidos y las pérdidas sufridas durante el mismo, como lo señala expresamente el artículo 74; l) que estos propios antecedentes han de quedar a disposición de los accionistas antes de la celebración de la junta para su revisión en las oficinas de la sociedad, según el artículo 54, así como habrán de ceñirse a las demás exigencias que sanciona la ley para su respectiva información y difusión; ll) que la ley regula prolijamente el cálculo, forma de pago, porcentaje y plazo de liquidación de los dividendos, como se desprende de lo establecido en los artículos 78 y siguientes; m) que en los artículos 94 y siguientes se regla el tratamiento del patrimonio, en relación con los fenómenos de la división, fusión y transformación de las sociedades, con el fin de cautelar los intereses de los accionistas y de los terceros; n) que en los casos de disolución, la ley determina la subsistencia de su personificación en el artículo 109, a objeto de salvaguardar el cometido de los liquidadores en el proceso de disposición de los bienes de su patrimonio, pago de las deudas sociales y repartos por devolución de capital que les correspondiese a los accionistas, y ñ) que al final, en los artículos 133, 133 bis y 134 se establece en la ley el marco jurídico aplicable a la responsabilidad civil contra quienes corresponda, por los daños que se causen con motivo de las infracciones en que incurran.**

1.5. De más está remarcar la importancia cada vez más acentuada que revisite el capital de las sociedades anónimas, si se considera la magnitud de las operaciones que estas sociedades han emprendido en su actual desarrollo; la propia formación de sociedades que sorprendentemente han ido creando los grupos de interés económico que en ellas intervienen para expandir el campo de sus negocios, y la interdependencia internacional, que les ha dado a estas sociedades una proyección cada vez más dinámica al rumbo de sus actividades, con lo que se explican suficientemente las prevenciones que ha adoptado la ley al regular el capital y preservar la integridad de su patrimonio.

## **2. Relevancia que tiene la contabilidad mercantil y su control en esta clase de sociedades**

2.1. Esta síntesis esencial sobre la importancia que tiene el capital social, así como la dimensión que han llegado a alcanzar los negocios de la sociedad anónima, determina además la repercusión que tienen las oscilaciones de su patrimonio en el éxito o fracaso de la empresa, según sea la gravitación del aumento que hubiese tenido el activo respecto del pasivo o viceversa, en razón, fundamentalmente, de la explotación del giro a que su actividad está adscrita.

2.2. Por lo mismo que en este tipo societario la contabilidad mercantil tiene un especial significado para determinar el efectivo resultado económico del negocio, así como el diagnóstico que fluya de los informes que se emitan del examen y del control que harán del registro de sus cuentas y operaciones sus fiscalizadores, sea para confirmar, ajustar u objetar finalmente sus asientos y los estados financieros, así como los antecedentes en que se han fundado para su fiel y acertada elaboración.

2.3. Esto queda en evidencia en el propio mensaje del Proyecto del Código de Comercio, el cual ha destacado que considera: **“La contabilidad como el espejo en que se refleja vivamente la conducta del comerciante, el alma del comercio de buena fe, y el medio más adecuado que puede emplear el legislador para impedir las maquinaciones dolosas en los casos de quiebra”**. Con esta finalidad, agrega en sus motivos, **“Dicta preceptos oportunos para garantizar la regularidad y pureza de las cuentas”** que deben llevar de sus negocios los comerciantes. Con tal propósito, ilustra el mensaje: **“Se fija el número de libros que deben llevar todo comerciante para el buen arreglo de su contabilidad, conocimiento de su verdadera situación y justificación de sus procedimientos profesionales...”**.

2.4. En el ámbito de este delineamiento general que trazó el legislador, se ha insertado especialmente el tratamiento de las cuentas anuales de las sociedades anónimas, según resulta del Título VII de la Ley N° 18.046, que versa acerca: **“DEL BALANCE, DE OTROS ESTADOS Y REGISTROS FINANCIEROS Y DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS UTILIDADES”**, que comprende los artículos 73 y siguientes, cuyo contenido guarda estrecha relación con el Título V, que trata respecto: **“DE LA FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN”**, en los artículos 51 y siguientes de la ley. Esta materia ha quedado acotada con el Título IV del Decreto de Hacienda N° 587, que aprobó el Reglamento de Sociedades Anónimas, el cual regula, a su vez, en lo que interesa, requisitos e inhabilidades que pesan sobre los auditores externos para garantizar su debida independencia, como además las obligaciones y exigencias que les impone su cargo en el cumplimiento de sus funciones, dada la naturaleza que particulariza el cometido de su gestión.

### 3. Normas contables sobre las cuentas anuales de la S. A.

3.1. Estas normas contables sobre las cuentas anuales que se establecen en la ley están dirigidas a satisfacer las exigencias especiales que plantea la sociedad anónima, en función, como ha quedado dicho, de los grandes intereses económicos que ella promueve y de la necesidad de ofrecer protección, con una información veraz, a los terceros acreedores, a la propia empresa y al interés del público en general, como lo admiten los autores **Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez**.<sup>2</sup>

3.2. Se comprenden en las cuentas anuales: El balance general al término del ejercicio; el estado de ganancias y pérdidas; la memoria razonada acerca de la situación de la sociedad en el último ejercicio, y el informe que al respecto presentan los auditores externos o inspectores de cuentas, en su caso.

Todos estos antecedentes han de reflejar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera de la sociedad y los resultados económicos del negocio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 74.

Sus conclusiones y resultados habrán de ajustarse a los asientos contables de la sociedad –según sus registros permanentes–, los cuales han de llevarse: de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general, como lo sanciona a la letra el artículo 73 de la ley.

3.3. Sobre el significado final que tienen como función estos antecedentes de la contabilidad mercantil de una sociedad, para nadie es un misterio que su principal finalidad ha de consistir en determinar, al cabo de cada ejercicio, el resultado propiamente económico que ha tenido el negocio. Queda este objetivo de manifiesto, si se considera que sus accionistas han arriesgado sus aportes a la formación de un capital que se ha destinado a su explotación, con lo que **la cuenta del estado del patrimonio** vendrá a demostrar en definitiva el resultado que han tenido las negociaciones, según el cálculo de las ganancias o pérdidas que arroje el negocio y en el cual incidirán cada una de las distintas operaciones que ha emprendido la sociedad.

Todo ello ha de ser el trasunto de lo que se ha reflejado a través de la secuencia lógica de las respectivas anotaciones y asientos contables que se han practicado y que han de converger al final en el balance general, al término del respectivo movimiento.

<sup>2</sup> *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, Tomo I, p. 924.

**3.4.** El balance de cada ejercicio resumirá así la cuenta general de la contabilidad mercantil; el estado de ganancias y pérdidas determinará, a su vez, el resultado económico de las operaciones; en la memoria acerca de la situación financiera, irá la explicación de las negociaciones, todo lo cual habrá de culminar con las conclusiones que arrojen los informes de verificación de las cuentas de su fiscalización.

**3.5.** A este respecto, reviste un significado que es de especial relevancia la fiscalización de las cuentas anuales de la sociedad y el análisis de su contabilidad, como quiera que de este control y examen habrá de determinarse el efectivo resultado económico del negocio, cuyo éxito o fracaso repercutirá en el interés que abriga desde luego la sociedad en la atinada marcha de sus actividades, así como en el de los accionistas y terceros que tienen en ella comprometidos sus derechos.

El artículo 51 de la Ley N° 18.046 de S. A., en relación al artículo 56 N° 3 de la misma, ha previsto para las sociedades anónimas cerradas que este control se ejerza, ya sea por dos inspectores de cuentas titulares y dos suplentes o bien por auditores externos independientes, que habrán de ser designados por las juntas ordinarias anualmente y cuya modalidad habrá de zanjarse al tiempo de su constitución, según consta del artículo 4° N° 10 de la ley.

**3.6.** En el caso de una sociedad fallida queda aun más de manifiesto la trascendencia que tiene su fiscalización, como quiera que del examen de las cuentas quedará a la vista el mal estado de los negocios que provocó su falencia, así como el manejo que se les dio a los recursos y bienes de la sociedad, para auscultar los eventuales arbitrios ruinosos que se hubiesen podido cometer.

#### **4. De los principios y normas de general aceptación**

**4.1.** En los documentos relativos a las cuentas anuales de toda sociedad anónima ha de establecerse la imagen fiel del patrimonio, con la debida claridad y exactitud, por ser estos postulados dictados básicos a los que ha de ajustarse todo su procesamiento. Abrigan interés en estas piezas, como se sabe, la misma sociedad, dada su finalidad; sus propios accionistas, que han de reeditar el beneficio que se ha tenido en mira de la explotación del capital, y los terceros interesados, como son los acreedores sociales, que habrán de satisfacer sus derechos conforme al estado definitivo de las cuentas de la sociedad.

**4.2.** En efecto, los estados financieros, como se suele denominar al conjunto de estos documentos, atendiendo propiamente al carácter de la información que han de ilustrar respecto del estado de las cuentas de la sociedad y al resultado de sus operaciones, han de ceñirse: "A LOS PRINCIPIOS Y NORMAS

CONTABLES GENERALMENTE ACEPTADOS” y a las instrucciones dictadas por la Superintendencia, en su caso, conforme a lo preceptuado en el artículo 55 N° 3 del D.S. N° 587, que aprobó el Reglamento de las S. A.

Este alcance es consecuencia, por lo demás, de la máxima general a que supeditó el artículo 73 de la Ley N° 18.046, la confección de los asientos contables de la sociedad, en cuanto a que han de llevarse de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general.

Por lo mismo, pues, el artículo 56 del Reglamento ha remarcado que a los auditores externos les corresponde especialmente, según el N° 1: “Emitir sus informes cumpliendo con las normas de auditoría de aceptación general y en el caso de las sociedades anónimas abiertas con las instrucciones o normas que les imparta la Superintendencia”.

**4.3.** El artículo 55 del Reglamento fija el sentido y alcance que han de tener los Principios y Normas de Auditoría de Aceptación General a que se refieren los preceptos citados, cuando estatuye que el auditor externo habrá de examinar la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros y expresar su opinión profesional e independiente sobre dichos documentos, de cuyo respecto se infiere que el significado que ha de dársele a los mismos no podría ser otro que el adecuado al logro del objetivo a que su función está destinada.

**4.4.** Dado este propósito, es nervio y sustancia de un informe de auditoría que ha de expedirse el conducente a la consecución del fin con que se ha establecido la procedencia del respectivo dictamen, cual es la de examinar con el máximo de diligencia si los diversos tipos de operaciones realizadas por la sociedad están reflejados razonablemente en la contabilidad y estados financieros de ésta; no podrá prescindir el informe que ha de evacuarse de señalar las deficiencias que se detecten respecto de la adopción de prácticas contables que se han empleado; ni menos podrá dejar de informar sobre el mantenimiento de un sistema administrativo contable efectivo, como de la creación y conservación de un sistema de control adecuado; de velar además para que los estados financieros se preparen eficientemente, y de cuidar especialmente por revelar la posible existencia de fraudes u otras irregularidades que puedan afectar a la presentación justa de la situación financiera o de los resultados de las operaciones, como lo ha estatuido claramente el artículo 55 del Reglamento.

El artículo 56 agrega que a los auditores externos les corresponde especialmente:

**1.** “Emitir sus informes cumpliendo con las normas de auditoría de aceptación general y en el caso de las sociedades anónimas abiertas con las instrucciones o normas que les imparta la Superintendencia. **2.** Utilizar técnicas y procedimientos de auditoría que garanticen que el examen que se realice de la contabilidad

y estados financieros sea confiable y adecuado y proporcione elementos de juicio válidos y suficientes que sustenten el contenido del dictamen. 3. Mantener durante un período no inferior a cinco años, contado desde la fecha del respectivo dictamen, todos los antecedentes que le sirvieron de base para emitir su opinión. En las sociedades anónimas abiertas estos antecedentes deberán ser proporcionados a la Superintendencia, cuando ésta así lo requiera. 4. Toda opinión, certificación o dictamen, escrito o verbal, debe ser veraz y expresado en forma clara, precisa, objetiva y completa”.

4.5. Los informes técnicos de auditoría que recaen sobre las cuentas anuales de la sociedad y el respectivo análisis de su contabilidad, han de ir dirigidos a la junta de accionistas, porque como órgano soberano de la sociedad habrá de imponerse –en sesión ordinaria– de la real situación de la sociedad conforme a estos dictámenes, para pronunciarse sobre la aprobación o rechazo de los estados y demostraciones financieras anuales que de su administración le presenta a su consideración el Directorio, como lo sanciona el artículo 56 de la Ley N° 18.046, sobre S. A.

A su vez, estos informes, junto con la memoria, el balance al término del ejercicio, inventarios y demás antecedentes, actas y libros, quedarán a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de la administración de la sociedad, con cierta anticipación a la respectiva junta, como lo ordena el artículo 54 de la misma ley.

4.6. Estos informes de los auditores externos deben garantizar suficientemente a la junta y a sus propios accionistas la confiabilidad de sus fiscalizaciones, dado que los dictámenes resguardan el contenido y fundamento de las diversas operaciones que ha realizado la sociedad, con tal severidad como que sean reflejo exacto de la contabilidad y de la veracidad de las cuentas de los estados financieros. La fiscalización ha de extremar al máximo la diligencia de su control y además ha de tener el adecuado cuidado de examinar y revelar todo indicio de fraude y posibles irregularidades que puedan afectar sus resultados, como lo estatuye el reglamento de la ley, en los artículos 55 y 56.

4.7. Adquiere un singular relieve de importancia el respaldo de confiabilidad que la ley exige como garantía a todo informe de auditoría, si se considera que con ello se sanciona en la especie el mínimo de protección que se requiere para resguardar debidamente los intereses de la sociedad, de los terceros y de los accionistas, y más todavía si se advierte que entre estos figuran socios que son extranjeros y que no tienen domicilio en Chile.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> La fuerza del informe de auditoría y el mérito de confiabilidad que ha de revestir como resguardo de los derechos para la junta de accionistas y el de cada uno de sus accionistas no pierde significado bajo pretexto alguno, ni menos podría serlo por el mero hecho que los accionistas hubiesen concurrido a

## **5. Carácter que tienen los principios y normas de general aceptación.**

5.1. Desde luego, ha de comprenderse, según resulta de lo dispuesto en los preceptos citados, que la propia ley es la que les ha dado a estos principios y normas su respectiva fuerza de aplicación, para que surtan el efecto de suplir el dictado del propio legislador.

5.2. Sin embargo, con el afán de disipar el recelo que tiene la vacilación e incertidumbre que suscitaría sancionar imprecisamente la eficacia de estos postulados, la misma ley impuso como exigencia la de que estos principios y normas tengan el carácter de general aceptación, y además, para evitar el libre y amplio significado que pudiere dársele a su alcance, la ley supeditó, a su vez, la procedencia de su aplicación y lo limitó en lo pertinente a la contabilidad, a la confección de los asientos y registros de las cuentas de la sociedad y en lo concerniente a los diagnósticos de auditoría, al examen y verificación de la contabilidad, de los estados financieros anuales y al resultado final del negocio, así como a las exigencias a que ha de ajustarse, para su eficacia, confiabilidad y verosimilitud.

5.3. El propósito principal no ha sido sino que el de determinar, a través de estos principios y normas, el carácter fidedigno que arrojan las cuentas contables y los estados financieros anuales, que se integran entre sí con el balance, el resultado de las pérdidas y ganancias y la memoria, que forman una unidad, de modo que reflejen claramente la imagen fiel del patrimonio, a través de una información que sea digna de fe.<sup>4</sup>

5.4. De consiguiente, estos principios y normas deben cumplir con el requisito de ser de general aceptación y ceñirse además a las limitaciones y restricciones que la ley les ha trazado para sancionar su eficacia, tanto en relación con la materia referida cuanto a que condigan con la finalidad para la cual se ha consagrado su aplicación.

Ha de considerarse incluso, que su aplicación se reduce al caso específico y concreto en el cual se promueva la necesidad que plantea la procedencia del empleo de tales o cuales principios, según el sentido usual de sus términos y

---

elegir a ciertos directores, dado que los directores se desafectan de toda posible representación de los accionistas al integrarse al órgano del directorio del cual forman parte, como lo ilustra el **artículo 39 de la ley**, con lo que no podría argüirse que estos directores deban preocuparse de la defensa de los intereses de los accionistas que los nombraron, por no incumbirles inmiscuirse en ello en sus gestiones en el Directorio.

<sup>4</sup> Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, ob. citada, p. 924.

procedimientos, como es la situación precisa que se ha suscitado en relación con su consulta.

5.5. Estos principios y normas, dada su índole, pertenecen naturalmente a la categoría de los denominados usos sociales, cuya fuerza deviene con el transcurso del tiempo, fundados en una tradición mercantil consuetudinaria. Tocan por igual a la función del juez y del legislador, sólo que el primero los ha de ponderar para un caso particular y el otro los ha de considerar en el dictado de la norma general.<sup>5</sup>

## 6. Compilación de los principios y normas de general aceptación

6.1. En la nomenclatura técnica se suele identificar a estos principios con la sigla **PCGA**, que resulta de la contracción de las palabras: Principios de contabilidad generalmente aceptados, y se reserva la abreviatura **NAGAS** para reconocer a las Normas de auditoría generalmente aceptadas.

6.2. Se tiene noticia, según las informaciones que se han recogido para el estudio de esta materia,<sup>6</sup> que la denominación que se les ha dado proviene del siglo pasado, alrededor de los años 30. De estos antecedentes se infiere que su origen brotó de la fluida correspondencia e intercambio que hubo entre la entidad SECURITY EXCHANGE COMISION (SEC) con el INSTITUTO AMERICANO DE CONTADORES PUBLICOS (AICPA), lo que impulsó el empleo de dichas expresiones, queriendo con ello significar los criterios básicos en que se basaban las opiniones técnicas que recaían en los informes que se emitían por los profesionales idóneos del ámbito contable.<sup>7</sup>

Desde allí, se irradiaron a nuestro país y fueron rápidamente adoptados por el Colegio de Contadores de Chile A.G., que en su Boletín Técnico N° 56 contiene un compendio de todos estos principios.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Jorge López Santa María, *Los contratos*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 491.

<sup>6</sup> *CONTABILIDAD, Bases para una decisión Gerencial*, Meigs&Meigs, 8ª ed., 1997, Colombia, pp. 10 y siguientes.

<sup>7</sup> Centro de Investigación de IMCP, "Los principios de contabilidad generalmente aceptados". Noviembre 2004, p. 1, al punto como que los define en el sentido que son reglas y procedimientos necesarios para definir prácticas de contabilidad aceptadas en un momento dado.

<sup>8</sup> En noviembre de 1971, el H. Consejo Nacional del Colegio de Contadores de Chile A.G. creó la comisión de Principios y Normas Contables, para cumplir con una resolución en tal sentido del Cuarto Congreso Nacional (Septiembre - 1970). El Instituto de Auditores A.G., que agrupa a quienes prestan servicios de auditoría, tiene por objeto difundir los principios contables y en especial de auditoría y dicta y regula reglas relativas al ejercicio de la auditoría entre sus asociados. Están constituidos en el Colegio y el Instituto referidos según D.L. 2.757, 3.163 y 3.621.

**6.3.** El propio Colegio de Contadores de Chile A.G. ha señalado que han servido de antecedente para formar el repertorio técnico de los principios que comprende este compendio, las siguientes fuentes: **a) Los Boletines Técnicos** que edita el Colegio; **b) Las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC)**; **c) Los pronunciamientos que han emitido ciertos organismos extranjeros** sobre la materia y **d) Las prácticas y conocimientos regularmente aceptados** como tales en los procedimientos habituales de cuentas contables y sus exámenes finales.

**6.4.** Cabe considerar al respecto que en el año 1948, en EE.UU. de Norteamérica, se creó como organismo el ACCOUTING PRINCIPLES BOARD, A.P.B., que tuvo el carácter de haber sido inicialmente el encargado de emitir los primeros enunciados sobre la presentación de los informes financieros para las empresas. Más tarde se estableció la oficina FINANCIAL ACCOUTING STANDARD BOARD, FASB, en la que se reúne un consejo que tiene por tarea la de ordenar y examinar las normas sobre contabilidad financiera. Luego se formó el INTERNATIONAL ACCOUTING STANDARD COMITÉ, IASC, con el propósito de uniformar la aplicación de los distintos criterios contables, mediante la dictación de las denominadas: Normas Internacionales de Contabilidad, más conocidas con la sigla NIC, cuya sede está radicada en Londres. El comité es una entidad privada, que se instituyó para este objeto, a iniciativa de las corporaciones representativas de técnicos y profesionales de diversos países como: Japón, Canadá, México, EE.UU. de Norteamérica, así como de Inglaterra, entre otros Estados.<sup>9</sup>

**6.5.** La Unión Europea ha estandarizado el procesamiento de sus cuentas e informes, con sujeción a las Normas Internacionales de Contabilidad, NIC, que ha elaborado el comité IASC. En Chile, como se ha señalado, tienen estas normas el carácter de haber servido de fuente de los principios que ha compendiado el Colegio de Contadores de Chile A.G. y que constan en el consabido Boletín Técnico que los ha reunido en una recopilación general, en ejercicio de las facultades que le otorgó la Ley N° 13.011, en su artículo 13 letra G a tal objeto.<sup>10</sup> Con todo, las NIC son supletorias de las que se consignan en el compendio del Boletín Técnico N° 56 ya referido.

<sup>9</sup> [www.monografias.com trabajos 12. NORIN/NORIN.SHTML](http://www.monografias.com/trabajos12/NORIN/NORIN.SHTML)

<sup>10</sup> Boletín técnico N° 56 del Colegio de Contadores de Chile A.G.

## 7. Tendencia actual a la codificación de estos principios y normas de general aceptación

7.1. La orientación a que propende la legislación en el derecho comparado es a la codificación de estos principios y normas de formación consuetudinaria, consagrando su promulgación, mediante normas positivas de derecho estricto, lo que no debe sorprender si se considera que el derecho legal tiene un fundamento más sólido al estatuirse conforme al criterio que ha dictado el uso social que lo ha sancionado. Este ha sido el avance innovador que ha impulsado el derecho alemán, al incorporar entre sus últimas modificaciones estos principios, que denomina de contabilidad regular, al Libro III del Código de Comercio alemán, más conocido con la abreviatura HGB, para regir así el tratamiento de los estados contables anuales de las sociedades de capital, en los artículos 264 al 335, como lo comenta el insigne tratadista **Karsten Schmidt**, autor de la famosa obra sobre *Derecho Comercial*.<sup>11</sup>

7.2. Siguiendo a este autor, en lo que condicen estos principios con las cuentas anuales que han de verificar los auditores según el Código Alemán HGB, dado su interés, sus postulados normativos se pueden sintetizar en los siguientes términos:

- Desde el punto de vista formal, se requiere respecto del balance anual, de la cuenta de ganancias y pérdidas y del informe de situación de la sociedad como principio, el máximo de **claridad y veracidad** (artículo 276, HGB).
- El principio de la **continuidad de los balances** sirve de conexión de cada balance anual con el que le precedió y con el que le sigue (artículo 252, N° 1, HGB).
- El principio de la **delimitación de los períodos** determina que los gastos y resultados del ejercicio sean tenidos en cuenta independientemente de los respectivos pagos (art. 252; I, N° 5 HGB).
- El **principio de la integridad** impide que las partidas del activo puedan compensarse con rubros del pasivo, ni gastos con ingresos, ni derechos con deudas (art. 246, II, HGB).
- El **principio de la prudencia** exige, entre otras manifestaciones, que las utilidades recién se expresen cuando a la fecha del cierre efectivamente se hubiesen producido y que los quebrantos y riesgos previsibles generados

<sup>11</sup> Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, 3ª edición, traducida por el profesor Federico E. G. Werner, pp. 443 y siguientes.

deban considerarse, aunque recién sean conocidos entre la fecha del cierre y la del día de la confección del balance (art. 252, I, N° 4, HGB).

- Los **principios de la evaluación** tienen por objeto reflejar un cuadro ajustado a la realidad de la empresa, para evitar toda distorsión o acción de cosmética que desfigure la real situación empresarial, como lo sería establecer el valor de los bienes a otro valor que no tenga como tope el costo de adquisición o producción, o bien, el de utilizar otros métodos de evaluación distintos a los utilizados en el balance del ejercicio anterior. (art. 252, I, N° 6 HGB).
- El **principio de TRUE-AND-FAIR-VIEW** se traduce en que el balance debe presentar el cuadro de la situación patrimonial, financiera y de rendimiento que coincida cabalmente con el de la verdadera y efectiva situación patrimonial, financiera y el estado de los negocios de la empresa (arts. 264, II, 316 Y 317 HGB).

7.3. De estos principios que se han transcrito tiene significado señalar que el relativo a la **continuidad de los balances** mira a la necesaria congruencia y correlación que deben tener, en su secuencia lógica, uno con otro los ejercicios anuales entre cada período. Esto es consecuencia de lo entrelazadas y conexas que están entre sí e íntimamente, las correspondientes cuentas y valores de la contabilidad y de las cuales son reflejo y trasunto los respectivos balances generales, por lo que su hilanza es fundamental para ilustrar la imagen veraz del estado del negocio, su trayectoria y la de su proyección a futuro, como quiera que condice con el objetivo de una empresa en marcha (*going concern*), y no de la que está concluyendo su giro.

Con respecto al **principio de la evaluación**, todo posible cambio de metodología o procedimiento que se introduzca en el tratamiento de las cuentas para que sean confiables, importa una situación de excepción y como tal, habrá de justificarse su alteración e informarse oportunamente antes del cierre del ejercicio, dado que de lo que se trata es de no desfigurar a través de técnicas y mecanismos distintos de auditoría el estado final del resultado económico.

Por último, el principio de **True-and- fair-view**, cuyo origen se halla arraigado en una tradición jurídica anglosajona, lejos de expresar un simple enunciado general, constituye un objetivo que se encuentra consagrado en forma prioritaria en el dictado de todas las legislaciones, como lo acotan **Rodrigo Uría - Aurelio Menéndez**<sup>12</sup> al punto que debe ser un criterio que debe inspirar el objetivo para desentrañar la imagen fiel del patrimonio.

<sup>12</sup> Obra citada, p. 925.

Si los estados contables del cierre del ejercicio comprendiesen a un grupo societario, habrán de incluirse en la fiscalización los análisis de los estados contables anuales consolidados del grupo societario, así como el informe de situación del grupo.

**7.4.** Esta función de auditoría concluye con el informe de fiscalización y en la medida que no haya observaciones, **termina con una nota confirmatoria de carácter irrestricto** (art. 322, III, HGB).

**7.5.** Para el riguroso cumplimiento de estos principios normativos, se ha impuesto en el Código una exhaustiva fiscalización de auditoría, al punto que sin ella no podría darse por tal ninguna cuenta anual del ejercicio, como tampoco de la contabilidad, ni del estado de situación.

Es posible que la nota confirmatoria tenga observaciones complementarias, pero sólo con el objeto de impedir que se genere una impresión errónea acerca del exacto contenido de la fiscalización.

**7.6.** Ningún auditor puede rehuir su responsabilidad derivada de la culpa en que hubiese incurrido, en razón del examen, análisis y fiscalización de las cuentas que hubiese auditado (art. 323, II del HGB).

**7.7. Karsten Schmidt** comenta en su obra que, a raíz de la quiebra de la **fábrica de azúcar "Z-AG"**, se comprobó que los balances fiscalizados y auditados contenían errores de grueso calibre, falsificaciones y maquillajes, no obstante que la fábrica había modernizado sus instalaciones fabriles y había ejecutado un programa de inversiones con ese objeto, que financió con créditos y ventas de azúcar, pero se dejaron de pagar los créditos de los proveedores y se consumió la mitad del capital, lo que derivó en un juicio contra los auditores.

El tribunal que se pronunció sobre el litigio resolvió imponer responsabilidad a los fiscalizadores y fundamentó su fallo en la existencia de una obligación de advertencia a cargo de los fiscalizadores, porque adujo que ningún auditor puede contemplar calladamente cómo se generaba un desenvolvimiento ruinoso o cómo se producían signos de colapso en la empresa, faltando a su deber de informar en el curso de la auditoría que se le producían, al menos, dudas importantes con relación al estado de los negocios, a la rentabilidad o a la liquidez. Esta obligación surge de la ley, según el artículo 321 II. del HGB.

## **8. Síntesis general sobre estos conceptos**

**8.1.** Pues bien, resalta del análisis que antecede la importancia que reviste la contabilidad mercantil y su adecuado control, así como el avance innovador que a su fiscalización le ha infundido el Código de Comercio Alemán, HGB, que ilustra tan claramente los postulados en que ha de encuadrarse la auditoría, lo que guarda una notable similitud con nuestra legislación.

Se ha destacado que el objetivo fundamental de la fiscalización es el de determinar al final la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y el resultado económico del negocio.

**8.2.** El asiento y su encuadre técnico en los registros de los diversos tipos de operaciones que hubiese realizado la sociedad y sus cuentas anuales, que incluyen el balance general al término del ejercicio, el estado de su resultado y la memoria acerca de su situación, carecerán de relevancia, a menos que hayan sido cabalmente auditados y con el máximo de celo en su fiscalización.

**8.3.** Los fiscalizadores deberán emitir sus pronunciamientos de verificación, en términos veraces y claros y habrán de cuidar en sus actuaciones y determinaciones que las cuentas reflejen, razonablemente, el real estado contable y financiero del patrimonio, debiendo advertir toda deficiencia y la posible existencia de fraudes e irregularidades que detecten en la contabilidad, en cuyo caso deberán revelarlo a la junta de accionistas. Esta obligación es fundamental, dado que está explícitamente consagrada en los artículos 52 y 53 de la ley y puntualmente en el N° 3 del artículo 55 del reglamento.

**8.4.** Tanto la contabilidad como los procedimientos e informes de auditoría han de ceñirse a los principios y normas de aceptación general, que son, fundamentalmente, de acuerdo a su índole, dictados básicos que ha impuesto la costumbre para dilucidar el carácter fidedigno que han de arrojar las cuentas contables y los estados financieros, a fin de desentrañar que la imagen del patrimonio sea fiel y digna de fe.

**8.5.** Estos principios y normas de aceptación son postulados a los que la ley les ha dado fuerza de aplicación, para que surtan el efecto de suplir su regulación. Su vigor queda supeditado a las exigencias que el propio legislador le ha impuesto a su procedencia, según la materia y finalidad con que se ha establecido su aplicabilidad. Su compilación ha sido recopilada por el Colegio de Contadores de Chile A.G. en un Boletín Técnico, siguiendo las orientaciones de común aplicación, en armonía con las prácticas nacionales e internacionales sobre estos principios y criterios generales, para lo cual la Ley N° 13.011, en su artículo 13, letra g) le confirmó esa facultad para su adecuado ordenamiento y difusión.

**8.6. El fallo del Tribunal Federal**, ya citado, que se transcribe en la obra del profesor de la Universidad de Bonn,<sup>13</sup> al pronunciarse en el juicio de la quiebra de la fábrica "Z - AG" sobre la imprudencia en que incurrieron los auditores externos en no haber llamado la atención, en tiempo oportuno, sobre la riesgosa situación financiera que afrontaba la sociedad, en lugar de presentar en su informe sus estados de resultados en términos excesivamente beneficiosos y sin haber suministrado información suficiente a la junta de accionistas del mal estado de sus negocios, ha tenido el carácter de ser un hito fundamental en la evolución de la responsabilidad de los fiscalizadores en el concierto de la jurisprudencia del derecho comparado, al desgajar el fundamento de esa responsabilidad en la infracción de la obligación de advertencia que pesa sobre todo fiscalizador, que ha de estimarse fundamental a este respecto como norma de conducta en toda auditoría, dado que no tiene excusa contemplar calladamente cómo se genera un desenvolvimiento ruinoso, o cómo se producen signos de un colapso, sin revelarlos, como lo exige la ley y su reglamento.<sup>14</sup>

**8.7.** En nuestra legislación, este alcance tiene pleno asidero, como resulta claramente de lo dispuesto, especialmente en los artículos 73 y 74, en relación con los artículos 51, 133 y 134 de la Ley de S. A. y los artículos 51, 54, 55 y 56 del reglamento ya citados en su oportunidad.

**8.8.** Por lo mismo, que los auditores externos han de acatar en sus actuaciones y en las emisiones de sus informes, las normas de auditoría de aceptación general, que no tienen otra finalidad que la de guiar en sus funciones a profesionales idóneos e independientes a dilucidar, a través de estos dictados que son de sana y simple razón, el carácter fidedigno de las cuentas y la imagen fiel del patrimonio, de modo que sus opiniones sean veraces, claras, precisas responsables y dignas de fe.

<sup>13</sup> Karsten Schmidt. Ob. citada, p. 467.

<sup>14</sup> En los procesos que se han incoado como consecuencia de las quiebras que han conmovido a la opinión pública mundial de las empresas transnacionales **Parmalat** y **Enron**, y del grupo de constelación de sociedades satélites de las cuales éstas eran sus astros estelares, ha quedado de relieve la responsabilidad directa que ha afectado a las auditorías internacionales que garantizaban la verosimilitud de los registros contables y estados financieros, como **GRANT THORNTON**, **DELOITTE AND TOUCHE** y la **FILIAL ITALIANA DEL BANK OF AMERICA** respecto de la primera y **ARTHUR ANDERSON**, de la segunda, frente al estruendoso fracaso de la inexcusable obligación de advertencia que marcó el rumbo de su gestión y que no fue capaz de controlar los abusos, fraudes, malversaciones y falsos balances que caracterizaron sus escándalos en las bancarrotas, como se ha demostrado en las diversas pesquisas del **tribunal de Milán** respecto de la fábrica de alimentos pasteurizados de la firma **Parma** y de los hechos que ha investigado la **Comisión de Seguridad y Comercio**; el **Congreso**; el **Depto. de Justicia** y el **FBI en EE.UU. de Norteamérica** respecto de la firma energética de **Texas**. Esta información se ha obtenido, vía Internet, de los siguientes sitios: [www.portafolio.com](http://www.portafolio.com), [www.elpais.es](http://www.elpais.es), [www.rebellion.org](http://www.rebellion.org), [www.aunmas.com](http://www.aunmas.com), [www.envio.org](http://www.envio.org).

## **9. Observaciones finales**

Atendidas las consideraciones que al respecto se han formulado precedentemente, no podría sino concluirse que es una manifestación del fracaso que denota una auditoría externa en la especie, lo siguiente:

**9.1.** La inobservancia de las respectivas normas y principios de contabilidad y de auditoría generalmente aceptados, si se considera que de haberse seguido los dictados que en ellos se han previsto, no se habría incurrido en los vicios transcritos, como son los que resultan de los antecedentes referidos.

**9.2.** No puede permitirse del normal comportamiento que es dable aguardar en el proceder que se requiere de la conducta de un auditor, que incurra en falta de diligencia y cuidado en el delicado cumplimiento de sus deberes profesionales. Que atienda las obligaciones que le impone su desempeño y que son propias e inherentes a la naturaleza de su actividad, que denote dejadez en sus actuaciones y una inexplicable falta de entrenamiento técnico, como una inadecuada capacidad profesional. No puede tolerarse que un auditor no diagnostique, con un mínimo de advertencia e idoneidad, el grave deterioro que se hubiese producido al patrimonio social, sin advertir los diferentes arbitrios ruinosos que se utilizan para ocultar el verdadero estado de la contabilidad y la real situación de las cuentas generales de la sociedad. Una actitud así, va en desmedro de los más elementales dictados de competencia profesional que se requieren para cautelar los intereses de la propia sociedad, de sus accionistas y de los terceros, que confían en su gestión profesional, de modo que se reflejase, con toda claridad, la imagen fiel de la situación del patrimonio y del efectivo resultado del negocio.

**9.3.** Según las normas de aceptación general, todo auditor ha de observar en sus actuaciones un suficiente nivel de independencia, como que jamás puede caer en conductas que menoscaben su autonomía o atropellen su neutralidad, como puede ocurrir, al no prestar la debida diligencia para conseguirlo; entrometerse en una gestión de estimación del valor de la empresa impropia a sus funciones y que a veces puede resultar ser ficticia, con las graves consecuencias que ello irroga en el mercado y en los intereses de los accionistas, que han invertido recursos en la sociedad.

**9.4.** La auditoría ha de adecuarse a una planificación para el desenvolvimiento competente de su actividad, debiendo utilizar las técnicas y procedimientos que garantizan el exhaustivo examen de la contabilidad y la supervisión y confiabilidad que es menester aguardar para que los informes de los estados financieros se sustenten razonablemente, como lo demandan las normas de auditoría más elementales de aceptación general.

9.5. Debe tenerse la suficiente cautela para estudiar prudencialmente las medidas de control que existían en la empresa para contrarrestar estos excesos, o bien las que es necesario adoptar para evitar los riesgos de manipulaciones a las cuentas de una sociedad, como lo proclaman las normas de general aceptación en esta materia. La naturaleza, oportunidad y extensión de los análisis que han de llevarse a efecto deben pesquisar las anomalías de la contabilidad, así como las que infectan los estados de resultado de las operaciones. También, han de seguirse los criterios técnicos para llegar a confirmar sus opiniones, sobre una mínima base razonable que las sustente, y no incurrir así en desaciertos en sus conclusiones.

## **Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia**

**Maria Fernanda Juppet Ewing<sup>1</sup>**

Investigadora Asociada

Dirección de Investigación

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO<sup>2</sup>**

Mucho se ha dicho en nuestro país, en las últimas semanas, respecto de los ilícitos de colusión y cartel, a propósito del “Caso Fasa o colusión de las farmacias”, como ha denominado la prensa a la generación de un supuesto cartel en el mercado de la venta de medicamentos a través de establecimientos farmacéuticos.

Con todo, la excesiva exposición mediática de este caso ha generado una serie de desinformaciones respecto de las normas de libre competencia aplicables en esta materia.

Es más, se han desvirtuado interpretaciones de algunas instituciones básicas para la persecución de cartel, tales como la delación compensada y las facultades de la Fiscalía Nacional Económica, mediante la publicación de explicaciones basadas en el “entendimiento” general, declaraciones públicas y notas de prensa. La situación antes descrita se dificulta al considerar que justo en los momentos en que dicho caso aumenta considerablemente su exposición mediática, se encontraba en discusión en el Congreso Nacional el Boletín N° 4234- 03, tendiente a fortalecer las facultades de la Fiscalía Nacional Económica para la persecución de ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia.

En este contexto, el presente artículo intenta explicar, desde un punto de vista técnico, las instituciones a las que se ha hecho referencia, la ejecución

---

<sup>1</sup> Agradeciendo el invaluable aporte del profesor Francisco Pfeffer Urquiaga, quien, con sus comentarios, permitió aclarar y enriquecer el presente artículo.

<sup>2</sup> Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Chile, Magíster en Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo, Master Mades en Entidades de Economía Social Universidad de Valencia.

de conductas colusorias, las diferencias entre los ilícitos de colusión y cartel, la discusión parlamentaria reciente, las sanciones aplicables a nivel internacional, y, finalmente, algunos argumentos jurisprudenciales que explican las modificaciones tendientes a entregar mayores facultades a la Fiscalía Nacional Económica, y la facilitación de la prueba en estos ilícitos.

## **1. Las conductas plurilaterales en el derecho de la libre competencia**

En principio, resulta relevante recalcar que si bien los términos colusión y cartel son generalmente utilizados como sinónimos, como veremos a continuación, corresponden a conceptos distintos dentro de la categoría de ilícitos contrarios a la libre competencia, denominada "monopolio por unificación", el cual corresponde al despliegue de conductas plurilaterales. En estas conductas se requiere de una serie de competidores que actúen en la misma línea de negocios, por medio de acuerdo de voluntades, o una simple concurrencia conductual.

De acuerdo al profesor Domingo Valdés Prieto, las conductas colusorias corresponden a un tipo de monopolio por unificación o concentración, en el cual no existe un único agente de mercado que constituya un monopolio, pero busca eliminar a la competencia de su mercado, para lo cual puede desempeñar una de dos conductas: en primer lugar expulsa a competidores potenciales del mercado, o, en segundo lugar, se colude con los otros miembros de mercado generando un acuerdo tendiente a eliminar la competencia, generando un monopolio estructural, el cual es consecuencia de las conductas desplegadas por los competidores, los cuales "son refrenados en su intento de ingresar, se les invita o fuerza a formar un bloque o fórmula de concertación que elimina la competencia o bien los competidores existentes son expulsados del mercado relevante por otras vías".<sup>3</sup>

Ante todo, resulta necesario distinguir entre conductas colusorias e ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia.

Al estudiar las conductas colusorias, nos referimos a las acciones desplegadas por dos o más agentes del mercado que tienen por objetivo vulnerar la libre competencia. Sean o no contrarias a la libre competencia. Con todo, mediante el desarrollo de un ilícito plurilateral contrario a la libre competencia necesariamente las conductas desplegadas por los competidores serán catalogables como colusorias.

<sup>3</sup> VALDÉS (2006), p. 26.

Es importante recalcar que no todos los acuerdos a los que puedan llegar los competidores de un determinado mercado corresponden a prácticas contrarias a la libre competencia, de tal manera que si deciden realizar investigación conjunta con financiamiento compartido, o negociar en conjunto la compra de sus insumos para bajar los costos de producción de sus empresas, dichas acciones no serían consideradas ilícitas, y por tanto, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la normativa de libre competencia.

Con todo, si es que la conducta desplegada tiene por finalidad establecer acuerdos de precios sobre los productos, cuotas de mercado, barreras a la entrada para nuevos competidores, etc., estaremos frente a una conducta ilícita susceptible de ser sancionada.

De manera preliminar, dentro de los ilícitos plurilaterales contrarios a la competencia podemos entender aquellos desplegados por dos o más agentes de mercado, en el entendido que quienes ejecutan dichas conductas no poseen un poder de mercado tal que les permita influir individualmente en forma determinante las reacciones de mercado, y, por tanto, requieren el despliegue conjunto de conductas colusorias para romper el equilibrio del mercado relevante en el cual se desempeñan, adquiriendo, y abusando, en conjunto, de poder de mercado.

Este tipo de ilícitos también son denominados prácticas concertadas, debido a que para su configuración precisan de la colaboración de varias personas o empresas.<sup>4</sup> Dentro de este tipo de conductas es posible identificar la colusión y la formación de cartel.

Es posible indicar, en el mismo sentido, que el cartel es una concertación más definitiva por parte de los competidores que forman parte de él, estableciendo derechos y obligaciones recíprocos entre las partes. Pero que en muchos casos se manifiestan por el despliegue de actividades concertadas entre sus miembros.

La colusión, por su parte, puede corresponder a un acuerdo de carácter más informal, o incluso a una mera concurrencia conductual, que en caso de existir, puede llevar a las partes a la consolidación de un cartel.

Es así como, en principio, puede ocurrir que, tanto los miembros de un cartel, al igual que en el caso de una colusión expresa los competidores parte del acuerdo, actúen realizando acciones concertadas entre ellos. De tal manera

---

<sup>4</sup> COLOMA (2003), p. 15.

que en ambos casos puede existir un acuerdo de voluntades; es por este hecho que resulta fácil confundir ambos ilícitos.

Serán entonces la firmeza de los acuerdos suscritos entre las partes, la fluidez de reacción conjunta ante eventos puntuales, y la existencia de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, las que en definitiva nos permitirán distinguir ante qué caso de conducta contraria a la libre competencia de carácter plurilateral nos encontramos.

### **a. El cartel**

El cartel corresponde a un acuerdo de voluntades desarrollado por una pluralidad de competidores, que establecen obligaciones y derechos de idéntico contenido para todos los contratantes, mediante acuerdos directos o indirectos que buscan la prosecución de un objetivo común: eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante respectivo.<sup>5</sup>

Los acuerdos que pueden ser tomados por un cartel pueden ser clasificados en acuerdos desnudos y acuerdos subordinados. Los primeros sólo comprenden la fijación de un precio común por parte de los miembros del cartel. En el segundo caso, las cláusulas convenidas entre las partes son más amplias, pudiendo incluir la consecución de insumos de manera conjunta, la cooperación en materias de investigación, e incluso el compartir maquinarias para el desarrollo de sus procesos productivos.<sup>6</sup>

En opinión de la "European Commission", un cartel puede ejecutar mediante la concertación de dos o más competidores, las siguientes conductas:<sup>7</sup>

#### **1. Fijación de precios**

Mediante un acuerdo de los competidores de un mercado afectando directamente la fijación de los precios por medio de la ley de la oferta y la demanda. Afectando directamente el acceso a los bienes por parte de los consumidores.

#### **2. Establecimiento de cuotas de mercado**

De esta manera, al establecer precios concertados por los miembros del cartel, tanto de ofertas públicas, cuotas de importación y de exportación, los com-

<sup>5</sup> VALDÉS (2006), p. 521.

<sup>6</sup> HOVENKAMP (2005), p. 126.

<sup>7</sup> OECD (2006), p. 112.

petidores miembros del cartel fijan indirectamente los precios del mercado relevante en el cual se desempeñan, nuevamente afectando la capacidad de elección de los consumidores.

Desde un punto de vista sancionatorio, la "European Commission" ha optado por el establecimiento de tres tipos de multa dependiendo de la gravedad de las conductas desplegadas por los competidores coludidos, a diferencia de nuestro país, que establece una banda de multas potenciales, entre las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinará soberanamente, en cada caso particular, y en virtud de los antecedentes que tenga a la vista, la multa a aplicar.

## **b. La colusión**

La colusión, por su parte, se refiere a la acción desplegada por ciertos competidores de un mercado relevante, que pueden o no corresponder a un acuerdo entre las partes, o sólo a una concurrencia conductual, que tiene por efecto el entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante. Siendo su principal efecto el unificar a los competidores que forman parte de dicho mercado relevante.<sup>8</sup>

Por tanto, la colusión pudiera darse como resultado de dos situaciones de diversa naturaleza.

En primer lugar, pudiera ser resultado de un acuerdo entre distintos competidores de un mercado relevante, con la intención de imponer barreras a la entrada de nuevos competidores o excluir del mercado a otros competidores existentes. Pero, con todo, este tipo de acuerdos, en caso de estructurarse como tales, proponen a sus miembros la ejecución de conductas de carácter general.

En segundo lugar, dicha colusión puede generarse tácitamente, es decir, pudiera ser objeto de una mera concurrencia conductual, en este caso, nos encontraremos enfrentados a una consecuencia directa de existir una empresa con mayor presencia en el mercado, dicha presencia es insuficiente para considerarse como de posición dominante, pero suficiente para que sus decisiones económicas sean consideradas en las estrategias de sus competidores.

Existe acuerdo en la doctrina que las concertaciones tácitas suelen tener lugar cuando nos encontramos en presencia de oligopolios, de tal manera que uno de los competidores determina sus precios, anticipando los precios que cobrará su competencia.

<sup>8</sup> VALDÉS (2006), p. 517.

realizaron conscientemente en forma paralela, sino que es necesario establecer más allá de toda duda del Tribunal que la toma de dichas decisiones careció de independencia por parte del agente de mercado que las ejecuta.<sup>13</sup>

Si bien es cierto que en el derecho norteamericano la implementación individual de conductas colusorias estableciendo un acuerdo tácito de colusión es sancionada por la Sherman Act, con todo, las cortes americanas no aplicaron dicha norma en la práctica, en virtud del problema que implica la resolución de un conflicto jurídico basado en prueba meramente circunstancial, como veremos más adelante al analizar los problemas de la prueba a la que se encuentran sometidas las agencias gubernamentales en la persecución de este tipo de ilícitos.

Con todo, la visión planteada por el juez norteamericano y profesor de derecho Richard Postner, indica que en ciertos casos pudiera ser sancionable la acción independiente de seguir los precios establecidos por otro agente de mercado, porque en dicha concurrencia conductual, mediante la implementación de un acuerdo tácito entre competidores, se generan las mismas consecuencias nocivas en el mercado que en la ejecución de un acuerdo previamente determinado por las partes.<sup>14</sup>

Tradicionalmente, las Cortes norteamericanas han interpretado las normas sobre colusión en la Sherman Act, como acciones que deben necesariamente desarrollarse de manera conjunta, mediante acuerdos de actuación conjunta entre dos o más personas.<sup>15</sup>

Todo lo anterior no obsta a que se admita como válida para la configuración del ilícito cualquier forma de comunicación de dicha actuación conjunta, sea expresa o tácita, admitiendo la prueba de comunicaciones no verbales que acrediten la existencia del ilícito.<sup>16</sup>

Oliver Black plantea una serie de niveles de correlación en la ejecución de prácticas concertadas, que pueden permitir determinar cuándo nos encontramos frente a la ejecución de una práctica concertada tácitamente, susceptible de ser sancionada. Entre los cuales destaca los siguientes pasos para la existencia de una colusión tácita entre los competidores de un mercado:<sup>17</sup>

<sup>13</sup> PAGE (2006), p. 4.

<sup>14</sup> POSTNER (2001), p. 94.

<sup>15</sup> PAGE (2006), p. 16.

<sup>16</sup> HOVENKAMP (2003), p. 925.

<sup>17</sup> BLACK (2005), pp. 185-187.

### ***1. Acción independiente***

Los agentes de mercado actúan en forma absolutamente independiente del resto de sus competidores.

### ***2. Conocimiento mutuo***

Cada uno de los agentes de mercado actúa proyectando las actuaciones de sus competidores.

### ***3. Conciencia de la reacción de los competidores***

Los agentes de mercado no sólo se basan en su conocimiento del entorno para tomar sus decisiones, anticipando las estrategias de su competencia, sino que confían en que cada uno de sus competidores actuará de una cierta manera.

### ***4. Conciencia mutua en la búsqueda de una meta común***

La conciencia de los agentes involucrados va más allá que en los casos anteriores, interpretando en los actos de la competencia que si los demás agentes de mercado actúan de una cierta forma, ejecutando determinados actos, entonces tendrán un objetivo común. Por ejemplo: establecer barreras al mercado para impedir la entrada a un nuevo competidor.

### ***5. Confianza mutua en la búsqueda de una meta común con conocimiento de las intenciones los otros agentes de mercado***

Los agentes de mercado actúan sabiendo que todas las condiciones necesarias previas para una actuación conjunta se han cumplido.

### ***6. Confianza mutua en la búsqueda de una meta común, con conocimiento de las intenciones de los otros agentes de mercado, basado en algún grado de comunicación***

Los competidores concertados tienen efectiva conciencia de haber cumplido con las condiciones necesarias para lograr las metas propuestas individualmente de manera colectiva, porque se han comunicado mutuamente tanto su confianza mutua como el hecho de haber cumplido dichas metas de manera conjunta.

Cuando se cumplen las condiciones de la sexta etapa antes descrita, de acuerdo a Black estamos frente a una práctica concertada. En todo caso, Black reconoce que dicha comunicación no necesariamente debe ser explícita entre los agentes, sino que bastan formas indirectas de comunicación, tales como el

efectuar comunicados públicos sobre los planes de negocios de las empresas, a fin de que sus competidores puedan actuar concertadamente basados en dicho conocimiento.

Con todo, basar la prueba respecto de una colusión tácita en la existencia de comunicados oficiales de prensa puede presentar problemas serios respecto de la potencial defensa de los investigados, debido a que tanto sus competidores como el público en general han tenido acceso a dicha información, y por tanto pudiera esgrimirse un argumento de transparencia en la información como eximente de responsabilidad por las consecuencias de las acciones concertadas de esta forma.

## **b. La prueba de la existencia de un cartel**

La prueba de un cartel, al igual que en el caso de la colusión, es muy difícil, debido a que en este caso es necesario acreditar la existencia de un acuerdo expreso entre los competidores, en el cual se establezcan derechos y obligaciones recíprocos para ellos.

Además, al igual que en el caso anterior, generalmente deberemos recurrir a prueba de carácter circunstancial para configurar el ilícito, en virtud de que los miembros de una conducta colusoria no dejan evidencia por escrito de sus actividades ilícitas. Además, teniendo plena conciencia de lo anterior, resulta difícil para las agencias gubernamentales conseguir prueba confesional de uno de sus miembros. De acuerdo a estudios realizados por la OECD, es por estas razones que la prueba en materia de cartel tiende a tener un carácter de circunstancial. Dicha organización explica cómo poder perseguir un cartel sin evidencia directa, mediante la utilización de los siguientes criterios:<sup>18</sup>

### ***1. Se utiliza evidencia circunstancial en casos de cartel en todos los países objeto de análisis por parte de la organización.***

En materia de libre competencia la evidencia circunstancial puede ser de dos tipos. Por una parte la evidencia comunicacional y por otra la evidencia económica. La evidencia de carácter comunicacional permite probar que los miembros de un cartel han mantenido contacto directo por cierto tiempo, incluyendo la interceptación de comunicaciones telefónicas.

La evidencia económica, a su vez, puede ser catalogada como evidencia estructural o conductual. De tal manera que se consideran por parte de las

<sup>18</sup> OECD (2006), p. 10.

agencias gubernamentales las conductas desplegadas por el grupo de competidores agrupados por el cartel.

*2. La mejor práctica es usar dicha evidencia circunstancial de forma holística, y en virtud de la acumulación de hechos generar un efecto incriminador, en vez de separarlos y dividir la prueba.*

En virtud de la ambigüedad de las pruebas que es posible conseguir para sancionar este tipo de prácticas, se hace necesario considerar en conjunto una serie de criterios económicos, tales como la inexistencia de productos homogéneos, la alta concentración de mercado, etc.

Este problema es aun más difícil en aquellos países en los cuales la jurisdicción no acepta prueba de hechos desplegados por un solo agente de mercado como suficiente para acreditar el ilícito, sino que exige la presentación de prueba que acredite la acción concertada de los agentes de mercado mediante actuaciones conjuntas entre ellos.<sup>19</sup>

#### **4. Poder de mercado: un efecto deseado por la configuración de un cartel**

Hemos explicado las distintas conductas colusorias que pueden configurar ilícitos plurilaterales contrarios a la competencia. Pero en momento alguno hemos indicado el efecto deseado por los competidores miembros de dichos acuerdos, para ejecutarlos.

En tal sentido, resulta importante recalcar que en nuestros días la constitución de un monopolio es difícil de conseguir, tras la globalización de los mercados, y los tratados de libre comercio que han ido eliminando de manera paulatina las barreras arancelarias. Por tanto, los costos necesarios para la generación de un monopolio son demasiado altos.

Los oligopolios, por su parte, especialmente aquellos logrados por medio de alianzas entre los competidores para generar políticas comunes, son de fácil consecución.<sup>20</sup>

Dentro de los oligopolios podemos considerar aquellos que existen de manera natural, y los que resultan como consecuencia de prácticas concertadas entre

<sup>19</sup> PAGE (2006), p. 12.

<sup>20</sup> HOVENKAMP (2005), p. 125.

competidores para actuar de manera unificada afectando el equilibrio de los mercados, generando, en definitiva, poder de mercado.

Lo anterior resulta claro, especialmente si consideramos los bajos costos involucrados para su conformación, y la dificultad que ya hemos explicado tienen las agencias gubernamentales para lograr pruebas contundentes en contra de este tipo de ilícitos.

Si a eso añadimos que los montos de las multas a beneficio fiscal, en la mayor parte de las legislaciones del mundo, tienden a ser establecidos mediante criterios fijos, nos encontramos con un escenario que propicia la formación de estos acuerdos, ya que sólo basta que el beneficio esperable por los agentes miembros del cartel supere a las multas probables para que dichas multas pasen a ser consideradas como costos de transacción para la generación de poder de mercado.

Se ha probado por la doctrina comparada que, cuando existe un número limitado de competidores, y estos actúan de manera concertada, a través de un cartel, una colusión expresa o una colusión tácita, el efecto tiende a ser el mismo, la configuración de consecuencias en el mercado idénticas a si estuviéramos frente a un monopolio.<sup>21</sup>

## **5. El daño económico provocado por los ilícitos plurilaterales**

Las consecuencias dañinas del despliegue de conductas colusorias, en opinión de Utton, son, principalmente: ineficiencia en el mercado, provocada por la baja de precios por debajo de los costos para eliminar a la competencia que no es parte del acuerdo, pérdida de crecimiento y transferencias de riqueza.<sup>22</sup>

La forma de operación de los acuerdos colusorios implica, necesariamente, al comienzo de la ejecución del acuerdo, ventajas aparentes para los consumidores, tales como bajas sostenidas de los precios, provocando la exclusión del mercado de los agentes que no forman parte de este convenio.

Aunque la cuantificación de los daños en dinero es difícil, con todo, estudios de la OECD han estimado la pérdida de riqueza para las economías mundiales generadas por conductas colusorias en billones de dólares.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> UTTON (2003), p. 151.

<sup>22</sup> UTTON (2003), p. 149.

<sup>23</sup> OECD (2002), p. 15.

Dichas pérdidas, en primer lugar, redundan en el sobreprecio que en definitiva pagarán los consumidores, una vez que las prácticas colusorias surtan efecto en el mercado, debido a que en virtud de los acuerdos de fijación de precios o cuotas de mercado, los competidores aumentarán sus beneficios indebidamente, mediante el cobro a sus clientes por los bienes o servicios transados.

Asimismo, otras consecuencias dañinas provocadas por la ejecución de estas conductas, cuantificable en dinero, es la pérdida de incentivos para los competidores involucrados para mejorar su nivel de eficiencia, mejorando su estructura de costos, e invirtiendo en proyectos de innovación tecnológica.

## **6. Nueva normativa en materia de ilícitos plurilaterales**

La nueva ley de libre competencia, que se encuentra actualmente en el trámite de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, establece una serie de modificaciones de interés para el presente análisis: modifica las conductas contrarias a la libre competencia, ampliando las acciones sancionables en materia de ilícitos plurilaterales, aumenta las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica para la investigación de ilícitos de su competencia, tanto por denuncia de particulares, como investigaciones de oficio, suscripción de acuerdos con las partes investigadas. Además, incorpora la institución de la delación compensada o *leniency*, como forma de producción de prueba en materia de cartel. Finalmente, modifica radicalmente las sanciones aplicables por la comisión de ilícitos plurilaterales, distinguiendo las meras colusiones de los carteles.

### **a. Modificación del ilícito contenido en la letra a del artículo 3° del Decreto Ley 211**

Respecto de las conductas colusorias originalmente sancionadas por el Decreto Ley 211, éstas contenían tanto los acuerdos expresos como tácitos, las prácticas concertadas tendientes a fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieren.

La nueva norma aprobada por el Congreso modifica la letra a del artículo 3° del Decreto Ley 211, estableciendo el siguiente texto nuevo: "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**".<sup>24</sup>

De tal manera, se modifica el ilícito de prácticas colusorias o concertadas en los términos siguientes:

- a. Se amplían las conductas anticompetitivas a cualquier acuerdo respecto de las condiciones de comercialización de los productos, ampliando las conductas sancionables mediante la inclusión de este tipo abierto de acción ejecutable por los agentes de mercado.
- b. Se incluye asimismo la exclusión de competidores como conducta anticompetitiva.
- c. Se incorpora la afectación del resultado de procesos de licitación.
- d. Se elimina la condición que exigía que las conductas colusorias o anticompetitivas fueran ejercidas por agentes dotados en su conjunto de un poder de mercado, del cual hicieran abuso en el ejercicio de la conducta.

### **b. Nuevas atribuciones otorgadas al Fiscal Nacional Económico para facilitar la persecución de ilícitos plurilaterales**

De acuerdo a lo establecido en la futura ley de libre competencia, y por recomendación de la OECD como modificación necesaria a la normativa chilena para ser parte de dicha organización internacional, resultaba necesario endurecer las normas persecutorias de cartel e ilícitos de colusión, especialmente en dos áreas. El establecimiento de mayores sanciones en caso de su comisión, y, dotar de mayores atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica para la producción de pruebas suficientes para la persecución efectiva de los agentes coludidos.

En tal sentido se encuadra la nueva letra n del artículo 39,<sup>25</sup> del Decreto Ley 211, en la cual se permite al Fiscal Nacional Económico, sólo para el caso de investigaciones que correspondan a la letra a del artículo 3° del Decreto Ley 211, utilizar una serie de herramientas que nos recuerdan a las facultades del Ministerio Público en la persecución de ilícitos criminales.

Siguiendo la legislación penal de nuestro país, de todos modos, dichas atribuciones se encuentran limitadas, asegurando la inviolabilidad de las garantías constitucionales de las personas investigadas por la Fiscalía, y sólo podrán ser utilizadas en casos calificados y graves, en que se pudiere estar cometiendo un ilícito plurilateral contrario a la libre competencia.

<sup>24</sup> CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045 (2009), p. 2.

<sup>25</sup> CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045 (2009), p. 17.

Pero ¿quién determina que los antecedentes que posee la Fiscalía Nacional Económica son calificados y graves para decretar estas medidas? Siguiendo las normas del Código Procesal Penal, es importante recalcar que el Fiscal Nacional Económico no podrá decretar esta serie de medidas por sí y ante sí, sino que deberá solicitar autorización judicial previa. Mas, en virtud de lo técnico de estos ilícitos, se han establecido dos autorizaciones que garanticen tanto la calificación de las medidas en el contexto económico, como desde el punto de vista de cautelar los derechos de los investigados.

La calificación de las medidas en su contexto económico corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien calificará si los antecedentes son suficientes para justificar la gravedad de las medidas investigativas.

En segundo lugar, y calificando las medidas desde el punto de vista de los derechos y garantías constitucionales, será el Ministro de turno de la Corte de Apelaciones de Santiago quien cautelaré que no se vulneren las garantías del investigado.

Finalmente, las medidas no serán desarrolladas por el personal de la Fiscalía Nacional Económica, sino que por personal de Carabineros o Investigaciones, bajo la supervisión del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud.

En consideración de lo anterior, y dando estricto cumplimiento a los procedimientos de autorización, el Fiscal Nacional Económico podrá solicitar:

- a. Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, allanar y descestrar;
- b. Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- c. Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones.
- d. Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

### **c. Suscripción de acuerdos con los agentes investigados**

La nueva normativa, pronta a entrar en vigencia, otorga a la Fiscalía Nacional Económica la posibilidad de suscribir acuerdos extrajudiciales con aquellos agentes económicos que sean sujetos de investigación por su parte.

Estos acuerdos no se refieren a transacciones judiciales, sino que vienen a prevenir el conocimiento de una controversia por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Actualmente, la Fiscalía no tiene atribuciones para negociar directamente con los agentes económicos involucrados en conductas anticompetitivas, sólo puede proponer determinadas sanciones al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las cuales pudieran ser aceptadas, o simplemente no rebatidas por la contraria en sus alegatos.

Estos mal llamados “acuerdos”, suscritos entre la Fiscalía Nacional Económica y los particulares, sólo se refieren a propuestas presentadas por la Fiscalía, en palabras de Enrique Vergara, Fiscal Nacional Económico: “en estricto rigor no cabe hablar de la posibilidad de un acuerdo con las partes; la Fiscalía es un aportante más de antecedentes en este procedimiento, no puede “concordar” con el consultante, pues no son las únicas partes. Más bien lo que ocurre es que la parte puede ofrecer cumplir las condiciones contenidas en el informe de la Fiscalía, las acepta, y en consideración a ello hay una mayor celeridad en el juicio, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estaría en condiciones de resolver más rápido”.<sup>26</sup>

Con todo, los nuevos acuerdos extrajudiciales, consentidos por el agente económico investigado y la Fiscalía Nacional Económica, deben ser aprobados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante un procedimiento simplificado, en una sola audiencia para escuchar los alegatos de las partes, sin forma de juicio, la cual será convocada para el solo efecto de aceptar o rechazar de plano el acuerdo, sin modificar las cláusulas que motivaran dicho rechazo. Contra la resolución que pronuncie en este caso el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sólo procederá recurso de reposición.<sup>27</sup>

#### **d. Delación compensada**

Como ya se ha enunciado con anterioridad, la persecución de conductas colusorias, especialmente la investigación respecto de cartel, genera varios problemas.

El primero de ellos viene dado por el carácter de secreto que revisten estos acuerdos respecto de sus participantes.

El segundo, y como consecuencia directa de lo anterior, la dificultad de las agencias gubernamentales para generar pruebas convincentes respecto de la existencia del despliegue de la conducta anticompetitiva. Aun más, en sistemas jurídicos como el nuestro no sólo resulta necesario el probar la existencia de la conducta, sino que resulta indispensable probar los efectos nocivos de ella.

<sup>26</sup> COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 54.

<sup>27</sup> CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045 (2009), p. 19.

Finalmente, en la misma línea de argumentación, la prueba presentada por las agencias gubernamentales, a falta de evidencias concretas, tales como documentos, acuerdos escritos, o confesiones de las partes involucradas, suele revestir un carácter circunstancial, intentando interpretar una serie de actos que individualmente considerados no tienen mayor valor, pero que, estudiados en su conjunto, son capaces de entregarnos algunos indicios sobre la existencia de conductas colusorias.

Ahora bien, como ya hemos indicado, la colusión y el cartel no son conductas sinónimas, tampoco en nuestra legislación las sanciones aplicables en uno u otro caso son de la misma envergadura, correspondiendo sanciones de hasta veinte mil unidades tributarias anuales en caso de ilícitos colusorios, y de hasta treinta mil unidades tributarias anuales, en el caso de cartel.

De tal manera, dichas pruebas circunstanciales deben probar la existencia de un acuerdo doloso, que implique restringir la competencia de un mercado, estableciendo derechos y obligaciones para las partes contratantes.

De acuerdo a lo expresado en el mensaje del Boletín 4234- 03 del Ejecutivo, el objetivo fundamental de esta iniciativa consiste en perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia, introduciéndole modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2004, para dotar de mayor independencia a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, adecuar disposiciones que afectan su gestión y fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica.

Una de las principales herramientas en el sentido de lograr este último objetivo se refiere a la incorporación de la delación compensada o *leniency* como una forma de conseguir la confesión de alguno de los miembros del cartel, el cual recibiría la exención, de acuerdo al proyecto del Ejecutivo, del total de la multa a la que pudiera ser condenado.

De acuerdo a lo expresado en el mensaje presidencial se indica que "la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o *leniency*, de eficacia comprobada en nuestro país en la lucha contra el narcotráfico y que, por la gravedad de ciertas conductas que atentan contra el sistema de mercado, es conveniente replicar, con los debidos ajustes, en virtud

de los diferentes bienes jurídicos que protege nuestra legislación antimonopólica respecto de la ley de tráfico de sustancias estupefacientes".<sup>28</sup>

De tal manera, el objetivo de la delación compensada es incentivar a que quienes poseen antecedentes de carácter sustancial, respecto de la investigación de la existencia de acuerdos anticompetitivos que revistan las características de colusión o cartel, puedan obtener beneficios económicos correspondientes a la aplicación de exenciones en las multas que les pudieran caber en virtud de su participación en dichas conductas.

Con todo, es importante recalcar que la conducta continúa siendo considerada como un ilícito, sólo implica consecuencias para quien revela información de carácter relevante para la investigación: "El beneficio que se establece no anula, por consiguiente, en la generalidad de los casos, la ilicitud de la conducta de quien revela información importante para la investigación, pero sí representa en todos los casos un estímulo para que el ilícito pueda ser descubierto y evite que se siga cometiendo o, en ciertas situaciones, puede incluso llegar a desarticular su perpetración cuando aún no produce efectos".<sup>29</sup>

De tal manera, la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de esta herramienta investigativa corresponde a la concreción de una serie de objetivos.

En primer lugar, presenta un estímulo para los agentes que han participado en el acuerdo a fin de dar a conocer su existencia, sus términos, y finalmente proveer de pruebas sobre la ocurrencia del ilícito.

En segundo lugar, mediante el descubrimiento del ilícito, permite a las agencias gubernamentales evitar su comisión en el futuro.

En tercer lugar, en caso de que el acuerdo haya sido tomado, pero aún no se haya ejecutado, sería posible desarticular su existencia antes de la concreción del mismo, y, por tanto, antes de la generación de efectos perniciosos en el mercado debido a su ocurrencia.

Finalmente, se espera que produzca un efecto desincentivador de la comisión de este tipo de ilícitos, debido al aumento de los riesgos de descubrimiento, prueba y sanción de la conducta anticompetitiva.

La norma aprobada por el Congreso Nacional, relativa a la delación compensada, podemos encontrarla en el artículo 39 bis, el cual establece dos tipos de exenciones de multa:

<sup>28</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 134-354 (2006), p. 3.

<sup>29</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 134-354 (2006), p. 10.

### ***a. Exención total de la multa***

La hipótesis de la exención total de la multa se encuentra en el inciso primero del artículo 39 bis, e indica que: "El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá 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".

Con todo, de acuerdo a lo establecido en el proyecto de ley en comento, el beneficio de exención total de la multa será aplicable sólo respecto del primer competidor que entregue antecedentes relevantes.

Además, es importante recalcar que no es el Fiscal quien determina la aplicación de esta exención de multa, sino que será quien solicite al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de este beneficio, y, en definitiva, el Tribunal resolverá si procede o no la rebaja en comento.

### ***b. Exención parcial de la multa***

Aquellos competidores que hayan participado del acuerdo, y que con posterioridad a la primera entrega de información, entreguen antecedentes igualmente relevantes para el desarrollo de la investigación en proceso, podrán optar también a un beneficio de exención en la aplicación posterior de la multa por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Los antecedentes aportados por este segundo competidor deberán además estar revestidos de un carácter de adicionalidad, es decir, no corresponder a los mismos antecedentes aportados por el primer competidor que se ha acogido al beneficio.

Con todo, la rebaja en este caso no corresponderá a la exención total de la multa que puede beneficiar al primer competidor que se acoge al beneficio, sino que la rebaja de la multa que solicitará el Fiscal al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse al beneficio de la delación compensada.

La propuesta del Ejecutivo sólo contemplaba el acceso al beneficio de la exención total de la multa para el primer actor que entregue antecedentes relevantes para la investigación.

Durante la discusión en la Comisión de Economía del Senado, se llegó a la conclusión de que no era recomendable limitar el acceso a sólo un actor, en

el entendido que pudieran existir otros actores, que teniendo antecedentes diversos, pero igualmente relevantes, quedarían sin incentivos para entregarlos a la Fiscalía, permitiendo el acceso en igualdad de condiciones a otros actores partes del ilícito.

Finalmente, la Comisión Mixta del Congreso Nacional modificó la norma en comento, con el texto aprobado en definitiva, diferenciando entre el beneficio asequible al primer agente que entregue la información, y el que pudiere optar el segundo.

Esta modificación del tope del beneficio rebajó la exención total propuesta por el Ejecutivo, a un monto no superior al 50% de la mayor multa aplicable al resto de los competidores partes del acuerdo nocivo a la competencia.

### **Multiplicidad de agentes a la hora de la entrega de la información**

Asimismo, el hecho que la norma haga referencia a “el que ejecute una conducta...”, no implica que la delación compensada deba restringirse a sólo un competidor que entregue información relevante a la Fiscalía, es más, si varios competidores miembros que hayan desplegado en conjunto la práctica colusoria investigada por la Fiscalía, acuden a entregar dichos antecedentes al mismo tiempo, se considerará que todos ellos son acreedores del beneficio.

La Comisión de Economía del Senado trató el criterio de la pluralidad de agentes acogidos a la delación compensada mediante un acuerdo: “en dejar constancia que las referidas expresiones “El que...”, pudieren referirse a una o varias personas, que de consuno efectuaran la denuncia de un cartel, en un mismo momento, dejándose constancia de ello en los Registros respectivos”.<sup>30</sup>

Con todo, este beneficio no podría considerar a la mayoría, ni menos, a la totalidad de los miembros de un cartel, dado que la intención de la norma es la ampliación del beneficio a fin de facilitar la prueba de estos ilícitos, sin dejar espacio al mal uso de este beneficio para evitar sanciones.

De tal manera, la Comisión indica respecto de este punto que: “Es necesario precisar que, no obstante lo señalado, no podría tratarse de todos o la mayoría de los integrantes de un cartel, quienes efectúan la denuncia, pues se traduciría en un modo de eludir sanciones; la aplicación práctica de la norma llevará a analizar la situación en cada caso”.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 71.

<sup>31</sup> COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 71.

## Requisitos para la aplicación del beneficio de la delación compensada

Para la aplicación de este beneficio, el ejecutor de la conducta debe cumplir con una serie de requisitos establecidos en el nuevo texto de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, a saber:

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;

Siguiendo los objetivos de la institución de la delación compensada, este no es un beneficio aplicable por la mera actitud de cooperación que pueda tomar alguno de los agentes involucrados en el ilícito, sino que resulta necesario el aporte de prueba material para ser acreedor del beneficio de la delación compensada. No siendo suficiente la entrega de medios de prueba que ya se encuentran en posesión de la Fiscalía, o de meras declaraciones sin antecedentes certeros, efectivos y comprobables.

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.

La obligación de reserva, contemplada como requisito fundamental del presente acuerdo, resulta de toda lógica, teniendo en consideración que el objetivo de la investigación es sancionar un ilícito que al momento de la misma se encuentra generando consecuencias perniciosas en el mercado, de tal manera, al tratarse de una conducta actual, es decir, un ilícito en desarrollo, el secreto de la investigación resulta trascendental a la hora de evitar la eliminación de prueba.

3. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Asimismo, resulta evidente que la exención de la multa conciliada con la Fiscalía por el aporte de antecedentes sólo puede referirse a hechos pasados, no pudiendo abarcar la ejecución de conductas anticompetitivas en el futuro, en directa concordancia con la regla del derecho común que prohíbe la condonación del dolo futuro.

Con todo, la norma nacional en principio exige requisitos fácilmente cumplibles por los agentes sancionados, en contraposición podemos ver la norma francesa, la cual, en materia de delación compensada, impone como requisito para la aplicación de la exención de multa incluso que el competidor requerido conteste verazmente el requerimiento o demanda que exista en su contra, por

tanto, el aporte voluntario de antecedentes debe ser al primer requerimiento de información.<sup>32</sup>

### **Etapas para la aplicación del beneficio de la delación compensada**

Dentro del procedimiento para la aplicación del beneficio de la delación compensada podemos encontrar tres etapas. Una primera etapa implica la entrega de la información relevante por parte del agente investigado, como asimismo el cumplimiento de los requisitos descritos en el acápite anterior.

Una segunda etapa está dada por el requerimiento del Fiscal, en el cual, de acuerdo al artículo en comento, será él quien deberá individualizar a cada uno de los ejecutores de la conducta colusoria que ha cumplido los requisitos para acceder al beneficio.

Con todo, la redacción de esta norma nos indica dos elementos relevantes a considerar. En primer lugar, la segunda etapa dentro del procedimiento de la delación compensada. Y, en segundo lugar, nos aclara el momento en el cual la delación compensada deberá tener lugar, restringiéndola al desarrollo de la investigación en Fiscalía, dado que para el cumplimiento del presente trámite, será necesario que la entrega de información se desarrolle antes de la presentación del requerimiento por parte del Fiscal.

La tercera etapa ocurre ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Una vez que el Tribunal tiene por acreditada la conducta colusoria, se encuentra impedido de aplicar la multa correspondiente al actor que haya sido individualizado por la Fiscalía en el requerimiento como acreedor del beneficio de la delación compensada. Con todo, el Tribunal podrá no aplicar el beneficio antes descrito cuando se haya probado durante el proceso que el competidor beneficiario de la delación compensada hubiere actuado como instigador en la generación del cartel.

### **El rol del instigador del cartel en la delación compensada en el modelo chileno**

De acuerdo al proyecto presentado por el Ejecutivo, en momento alguno la norma distinguía entre los miembros del cartel y el instigador del mismo, haciendo aplicable a todos por igual la delación compensada.

Durante el análisis en la Comisión de Economía surgió la siguiente duda : ¿Qué ocurre si el instigador del cartel se acoge al beneficio debilitando sustancial-

<sup>32</sup> OECD (2002), p. 11.

mente a sus competidores en virtud de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?, ¿No sería esta una nueva acción anti-competitiva?

Es por esto que: “El Honorable Senador señor Vásquez manifestó que, en su opinión, el beneficio de exención o rebaja de la multa que se contempla en el artículo 39 bis, no debiera ser aplicable tratándose del instigador de la conducta, de quien ha sido impulsor de la idea del cartel”.<sup>33</sup>

La opinión anterior fue defendida, durante la discusión ante la Comisión Mixta, por el senador Novoa de acuerdo a los siguientes argumentos: “el primero de ellos es impedir que una persona organice un cartel o realice una conducta ilícita de las contempladas en la señalada letra a) del artículo 3° del proyecto, y que, luego, denuncie a sus competidores. En otras palabras, evitar que una persona tienda una trampa a sus competidores. En segundo término, la norma en discusión tendría una función preventiva más eficaz, por ejemplo, si se trata de una empresa en la cual una persona pueda ser delatada pero éste no puede delatar, porque no le correspondería obtener beneficio alguno. Ambos motivos podrían reunirse en que la opción de prevenir es mejor que la de sancionar”.<sup>34</sup>

Tras la discusión en la Comisión Mixta, en los términos descritos, se acordó que sólo aquel instigador que hubiere coaccionado a los demás participantes del cartel, no sería merecedor de acceder al beneficio de la delación compensada.

### **Sanción a la entrega de información falsa a la Fiscalía Nacional Económica**

Finalmente, la norma contempla un castigo para el competidor que, maliciosamente, entregue antecedentes falsos o fraudulentos, haciéndosele aplicable la norma del artículo 210 del Código Penal. Es decir, se arriesga a penas de presidio menor en sus grados de mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, en virtud de su falso testimonio.

Con todo, se amplían las causales de dicho artículo, al incorporar no sólo la entrega de antecedentes falsos, sino que dichos antecedentes sean entregados para beneficiarse de la institución de la delación compensada, con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos.

<sup>33</sup> COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 70.

<sup>34</sup> COMISIÓN MIXTA (2009), p. 5.

## **Prescripción de las acciones a que da derecho la nueva Ley de Defensa de la Libre Competencia**

Asimismo, existe una sustancial diferencia introducida respecto de los plazos de prescripción por el artículo 20 del Decreto Ley 211, que modifica el plazo de dos años por tres en el caso de las acciones genéricas de esta ley.

Aumentando a cinco las acciones persecutorias de las conductas colusorias, que se encuentran en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley 211, contados desde que cesen en el mercado los efectos de la conducta contraria a la libre competencia.

### **7. Sanciones a ilícitos plurilaterales**

A nivel mundial, existe conciencia de que en la ejecución de conductas colusorias deben existir diversos sujetos sancionados con multa, de tal manera que, al igual que en el resto de los ilícitos de carácter corporativo, tales como el abuso de información privilegiada, o la manipulación de los precios de mercado, un mismo ilícito puede generar consecuencias patrimoniales negativas para una serie de personas, naturales y jurídicas, al mismo tiempo.

En primer lugar, las personas jurídicas instrumentalizadas para el despliegue de las conductas anticompetitivas son sancionables por la autoridad.

En segundo lugar, se establecen multas distintas para las personas naturales que tuvieron directa participación en el acuerdo y despliegue de las conductas anticompetitivas, que pueden ser sancionadas por la agencia gubernamental o tribunal competente, en su caso.

Es así como los accionistas, directores, ejecutivos principales y asesores, que en forma individual o colectiva concurrieron a planificar o implementar el acuerdo, o la simple concurrencia conductual, en el caso de la colusión, son sancionables en forma personal por dichas acciones.

De tal manera, las consecuencias negativas de la ejecución de una conducta anticompetitiva no sólo se radican en la empresa involucrada, sino que en todas aquellas personas naturales que prestaron su consentimiento o facilitaron su despliegue.

Los montos, y la forma, en que dichas sanciones serán aplicadas cambiarán dependiendo del sistema normativo que estemos analizando.

Con todo, resulta importante recalcar que respecto a las sanciones especiales en materia de libre competencia recientemente aprobadas por el Congreso Nacional, el endurecimiento de penas sólo tiene relación con la detección de un cartel en el mercado, no con las conductas colusorias estudiadas desde un punto de vista genérico, por tanto, si es que los agentes de un mercado relevante pudieran probar que han actuado como “tomadores de precio” de un competidor con posición dominante, correspondería aplicar las normas sancionatorias generales del DL 211, mas no las nuevas multas aplicables sólo en el caso de probar la existencia de un cartel.

#### **a. Personas jurídicas**

Entendiendo por tal sólo a la empresa o corporación en la cual se radicaron los efectos positivos del despliegue del ilícito plurilateral contrario a la competencia, en el caso de aplicarse la regla de razón en la aplicación de las multas, como es el caso de nuestro país, o, simplemente, aquellas que concurren con su voluntad para la ocurrencia del ilícito, sin importar sus efectos en el mercado, en caso de aplicar la regla del ilícito per se, como es el caso de EE.UU.

Las multas a nivel internacional, en esta materia, no varían sustancialmente en los altos márgenes de aplicación entregados por la ley a las agencias gubernamentales o tribunales competentes, en el sentido de existir en ellas la posibilidad de comprender una gran envergadura monetaria.

Es así como existen dos técnicas legislativas para determinar el máximo de la sanción aplicable para sancionar este tipo de ilícitos.

En primer lugar, fijar un monto de carácter alto, aplicable a todo evento en forma fija; en el caso de Australia, Canadá y nuestro país, las multas se encuentran definidas de esta manera. En los dos primeros casos las multas pueden significar montos de hasta 10 millones de dólares australianos y canadienses, respectivamente.<sup>35</sup>

En nuestro país, en virtud de la nueva normativa aplicable, tendremos que diferenciar el ilícito sancionado. Si nos encontramos frente a un ilícito de colusión, la máxima multa aplicable será de veinte mil unidades tributarias anuales; en caso de corresponder a un ilícito de cartel, dicha multa aumentará a un máximo de treinta mil unidades tributarias anuales.

En segundo lugar, es posible fijar un porcentaje de los beneficios obtenidos por la compañía como punto de referencia para las multas aplicables en cada

<sup>35</sup> OECD (2002), p. 10.

caso. Esta es la técnica aplicada por Francia (10% de las utilidades mundiales de la empresa), Hungría y a Unión Europea (10% de las utilidades del año anterior).<sup>36</sup>

El riesgo de utilizar el sistema de multas máximas fijas, como fuera corroborado por estudios realizados en Nueva Zelanda y Noruega,<sup>37</sup> es que, en caso de que el beneficio probable de la comisión del ilícito sea mayor a la multa máxima establecida por la autoridad, será admisible dicho costo como costo de transacción para la compañía, es decir, como un costo aceptable para la obtención de mayores utilidades para la empresa, de tal manera, se pierde el efecto disuasivo de la multa.

Finalmente, es posible mezclar ambos sistemas, generando una multa de carácter mixto, a fin de evitar el problema generado por el sistema de multas máximas, permitiendo a la autoridad utilizar ambos criterios con la intención de fortalecer el efecto disuasivo de dichas multas. Tal es el caso de Finlandia, que aplica multas equivalentes a 672.752 euros o un 10% de las utilidades del año anterior de la compañía; Japón con un máximo de 100 millones de yens o un 6% de las utilidades producidas por los productos objeto del acuerdo por un período de tres años; o Estados Unidos, quien aplica 10 millones de dólares o el doble de las ganancias obtenidas por los miembros del cartel o de las pérdidas generadas a las víctimas del mismo.<sup>38</sup>

El problema generado por las multas basadas en el beneficio obtenido por los competidores partícipes del acuerdo, o de las pérdidas provocadas en contra de terceros, radica en la dificultad de determinar dichos beneficios o perjuicios, debido a que la ley no puede aplicar fácilmente criterios objetivos que permitan determinar dichos montos suficientemente.

Por lo anterior, quizás resulta más aplicable la determinación de la multa en virtud de las utilidades generales de la compañía, por la claridad de la obtención de dichos números y la carencia de espacio para la discrecionalidad del agente o tribunal competente para su determinación.

## **b. Personas naturales**

Estas personas naturales sólo se refieren a aquellas que se pruebe estuvieron involucradas en la planificación (prestaron su consentimiento para el acuerdo

<sup>36</sup> OECD (2002), p. 10.

<sup>37</sup> OECD (2002), p. 13.

<sup>38</sup> OECD (2002), p. 10.

colusorio, el establecimiento del cartel, o la concurrencia conductual) o su implementación, es decir, el despliegue efectivo de la conducta.

Con todo, es importante recalcar que menos de la mitad de los países que poseen sanciones específicas para este tipo de ilícitos contemplan la posibilidad de sancionar por su ejecución a las personas naturales involucradas en ellos.

Dentro de los países que contienen este tipo de sanciones en su normativa podemos incluir a Australia, con multas hasta 500.000 dólares australianos; Francia con un tope de 1.524.490 euros; Estados Unidos con multas de 350 mil dólares o el doble de las ganancias obtenidas o de las pérdidas provocadas; Eslovaquia en este caso aplica normas distintas a las utilizadas para la sanción de empresas, debido a que en el caso de las personas naturales sancionables no establece un rango específico de multas aplicables, sino que sólo incluye la posibilidad de sancionar a discreción del órgano competente.<sup>39</sup>

Incluso, en derecho comparado se consideran penas de presidio respecto de las personas involucradas en este tipo de ilícitos. Las normas alemana y eslovaca consideran presidio por un máximo de 5 años, en Estados Unidos la pena aplicable es de 3 años de prisión, al igual que Japón. En México por su parte el tiempo de privación de libertad será determinado por la autoridad judicial competente de conocer el procedimiento sancionatorio.

Nuestro país optó mediante la Ley 19.911, de 14 de noviembre del año 2003, por eliminar la existencia de sanciones penales respecto de este tipo de ilícitos, por considerar este tipo de sanciones poco disuasivas para evitar la comisión de estos ilícitos. En palabras del mensaje del boletín se explica la eliminación de este tipo de sanciones: "a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas".<sup>40</sup>

Con todo, y en virtud de los últimos acontecimientos, ya se han presentado varios proyectos de ley por medio de mociones parlamentarias para reinstaurar sanciones penales en materia de ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia, como por ejemplo el boletín N° 6439-07, ingresado el 9 de abril del presente año,<sup>41</sup> o el proyecto de ley que actualmente se encuentra preparando el gobierno de acuerdo al Mensaje del 21 de mayo del presente año.

<sup>39</sup> OECD (2002), p. 10.

<sup>40</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 132-346 (2002), p. 10.

<sup>41</sup> MOCIÓN PARLAMENTARIA, Boletín N° 6439-07 (2009).

En la redacción de las normas relativas a las sanciones de personas naturales respecto de los ilícitos contenidos en la nueva Ley de Libre Competencia chilena, cuya publicación se encuentra aún en trámite, debemos recalcar una gran novedad en atención a las multas aplicables a personas naturales que hayan participado en la ejecución de los ilícitos sancionados.

Hasta este momento, la norma sólo contenía los procedimientos sancionatorios, las personas susceptibles de ser sancionadas y las multas aplicables, guardando estricto silencio sobre la modalidad del pago de dichas multas a beneficio fiscal.

Una de las novedades incorporadas por la Comisión de Economía del Senado guarda relación justamente con la forma de pago de dichas multas.

Es conocida la existencia de cláusulas de estilo, en los contratos de altos directivos y gerentes de grandes compañías, que estipulan el pago por parte de las empresas de cualquier tipo de multa o indemnización a cuyo pago se encontraren condenados en virtud de acciones desplegadas en el ejercicio de su cargo.

Por esta razón, y, a fin de garantizar el efecto disuasivo de las multas a que diere origen los ilícitos contenidos en el cuerpo legal en comento, asegurando el pago a través del peculio profesional de los ejecutivos involucrados en acuerdos contrarios a la libre competencia, se incluyen las siguientes modificaciones al texto despachado por la Cámara de Diputados, las cuales fueron aprobadas por la Comisión Mixta del Congreso Nacional: "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 cualquier 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".<sup>42</sup>

## Conclusiones

De tal manera, podemos indicar que el proyecto de ley actualmente en trámite de revisión ante el Tribunal Constitucional, viene a adecuar la normativa nacional al concierto global. Tratando en forma acabada un ilícito de interés mundial, cuyos perjuicios saltan a la vista.

Hemos diferenciado entre las conductas colusorias y los ilícitos de colusión y cartel, intentando desentrañar las diversas conductas y las sutiles diferencias

<sup>42</sup> COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 47.

que justifican la mayor dureza con la que deben ser tratadas estas últimas conductas, tanto a nivel legislativo, como jurisprudencial.

Reconociendo, en todo caso, que el fin último que persiguen todas ellas es exactamente el mismo: la obtención de poder de mercado, con la finalidad de romper el delicado balance de nuestros mercados nacionales.

Asimismo, podemos recalcar la importancia y necesidad de las nuevas atribuciones consagradas a favor de la Fiscalía Nacional Económica para su persecución, entendiendo la dificultad, reconocida internacionalmente, para generar pruebas en este tipo de ilícitos.

Finalmente, y, en materia sancionatoria, podemos resaltar la división entre las responsabilidades de las empresas y de las personas naturales, considerando los avances incorporados en la nueva Ley de Defensa de la Libre Competencia, en miras a disuadir efectivamente a directores, gerentes y altos ejecutivos, impidiendo el pago de multas por medio de sus empresas empleadoras.

## Bibliografía

- BLACK, Oliver: *Conceptual Foundations of Antitrust*, King's College London, 2005.
- CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045, de 28 de abril de 2009, Secretaría General de la Cámara de Diputados.
- COLOMA, GERMÁN; *Defensa de la Competencia*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO, Segundo informe Comisión de Economía del Senado, 24 de marzo de 2009.
- COMISIÓN MIXTA CONGRESO NACIONAL CHILENO, Informe Comisión Mixta, 15 abril 2009.
- HOVENKAMP, HERBERT; *"The Antitrust Enterprise"*, Harvard University Press, 2005.
- Moción *"Tipifica delitos atentatorios contra los derechos de los consumidores y la libre competencia"*, Boletín N° 6439-07, 9 de abril de 2009.
- OECD, *"Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws"*, 09 abril 2002.
- OECD, *"Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without direct evidence"*, 2006.
- Page, William H. *"Communication and Concerted Action"* (2006). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=939427](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939427)
- PARKIN, Michael; SANCHEZ CARRION, Miguel Angel; *Economía*, Editorial Pearson Educación.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 132-346 (2002), *"Con el que se inicia un proyecto de ley que crea el tribunal de defensa de la libre competencia"*, de 17 de mayo de 2002.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje N° 134-354, *"Modifica el D.F.L. N° 1, de Economía, de 2004, referido al Tribunal de Defensa de Libre Competencia"*, junio 2006.
- POSTNER, Richard; *"Antitrust Law"*, Second Edition, University of Chicago Press, 2001.
- UTTON, M. A; *"Market Dominance and Antitrust Policy"*, Second Edition, Edward Elgar Publishing Limited, 2003.
- VALDÉS PRIETO, Domingo, *"Libre competencia y monopolio"*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2006.

# **El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica**

**Hugo Álvarez Cárcamo**

Abogado

Magister en Derecho (LL.M. Executive)

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

En las últimas semanas hemos sido testigos de la efervescencia que ha ido alcanzando la implementación del Convenio 169 y la aplicación que pretende darle la Administración a través del Código de Conducta Responsable.

Lo anterior no ha estado alejado de polémicas, controversias, expectativas y temores desde la perspectiva de los diferentes actores involucrados y creemos que en los próximos meses esta controversia crecerá, en espera de llegar a alcanzar los consensos que sean beneficiosos para las partes y fundamentalmente para el país, país que se ha visto afectado, donde situaciones como estas limitan su capacidad de competencia a nivel regional y mundial.

Este análisis pretende poner en la tabla diferentes situaciones que contemplan las normas incorporadas al convenio 169, como también identificar lo que a nuestro juicio es una equivocada interpretación de la Administración, la que tozudamente ha pretendido darle, sin una clara visión de la actual situación nacional, sin una unidad de criterio entre los propios órganos del Estado involucrados, sin haber evaluado responsablemente las externalidades negativas que esta situación acarreará, creando falsas expectativas en las poblaciones indígenas, creando temor en los inversionistas y restando ímpetu a los enormes esfuerzo que hacen las empresas por invertir en nuestro país. En este escenario convulsionado pretendemos dar un orden analítico a la situación existente.

**El Convenio 169.** La OIT [Organización Internacional del Trabajo], en su permanente rol de protección al acceso al trabajo, se ha preocupado de los pueblos indígenas, sin embargo con la dictación en 1989 del citado convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, claramente se apartó de su rol tradicional y dictó una norma con un nítido carácter de derechos humanos.

Chile lo incorporó a su ordenamiento jurídico, a través del decreto N° 236, ratificado por el Presidente de la República, único responsable de conducir las relaciones internacionales y llevar a cabo las negociaciones, además de concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que son sometidos a la aprobación del Congreso, según lo prescribe nuestra propia Constitución en su artículo 32 sobre atribuciones especiales del Presidente de la República.

Este Convenio es de una cuestionable calidad jurídica, con normas generales y abstractas, que contiene disposiciones muchas de ellas de gran valor, sin embargo hay otras de gran ambigüedad y que colisionan directamente con nuestros principios jurídicos.

Debemos recordar que los cuerpos normativos tienen una cantidad determinada de normas que contienen y representan los valores y principios de la sociedad en un momento del tiempo determinado, luego, cuando estos valores y principios colisionan con los valores y principios de nuestra sociedad actual, podemos evidenciar nítidamente la existencia de un problema.

Una de las cosas más criticables del Convenio (C.169) y del Código de Conducta Responsable (CCR) es su intención declarada de formar dos grupos determinados en la sociedad: la sociedad chilena y los pueblos indígenas. Lo anterior va en sentido contrario al espíritu de integración de nuestra sociedad, que busca asimilar a todos los integrantes de nuestro país sin discriminaciones, ni diferencia odiosas, formando un ente social participativo de todos los habitantes de la República, respetando, cuidando y valorando dentro de ella las culturas originarias de los pueblos indígenas que en ella participan.

Por lo anteriormente expuesto, creemos que atenta contra muchas normas y principios consagrados en nuestra Carta magna, especialmente el numeral 2° del artículo 19 de nuestra Constitución, referido a la igualdad ante la ley, que prescribe que en Chile no habrá personas ni grupos privilegiados, y que termina diciendo que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. En este sentido el C.169 considera el concepto de discriminación positiva, consagrando normas que favorecen a una minoría, otorgándoles acceso a privilegios o beneficios con los que no cuenta la gran mayoría del resto de la población nacional, lo que seguramente producirá, por el contrario a lo seguramente pretendido por quienes incluyeron en la norma dicha disposición, el rechazo social, produciendo divisiones y alejando la anhelada integración nacional. Luego, a contrario sensu, esto implicará una discriminación negativa para la gran mayoría de los connacionales no indígenas.

El argumento comúnmente utilizado, que dice que esta norma viene a compensar los abusos y privaciones de los que han sido objeto las comunidades

indígenas, en realidad creemos que es una argumentación débil y que mira el problema desde una perspectiva sesgada y revanchista, en lugar de ver también integralmente el lado lleno del vaso, donde las comunidades indígenas han sido consideradas como parte de los habitantes de la nación toda y han hecho su aporte a la vida nacional, como también la sociedad en general ha hecho los esfuerzos necesarios para integrarlos a la vida cotidiana, valorando su cultura, idioma, ritos, actos religiosos, organización social y costumbres. Por lo tanto, creemos que el concepto de reivindicación económica pretendida no se ajusta a una realidad.

**Falta de armonía entre los objetivos de diversos órganos de la Administración.** Mientras por un lado la Administración toma medidas para sortear en la mejor forma posible la crisis económica mundial, se hacen esfuerzos por mantener un crecimiento económico sostenido en el marco de una economía abierta y globalizada; donde a pesar que las tasas de crecimiento están muy por debajo de nuestras reales posibilidades, estas han sido positivas; donde la inflación se ha mantenido controlada; donde en los últimos años hemos logrado una importante integración económica global a través de los acuerdos de libre comercio; donde se hacen esfuerzos en la incorporación de innovación tecnológica; donde existe un innovador sistema empresarial a través del emprendimiento y donde muchos proyectos en diversos sectores de la industria nacional, especialmente el Mercado Energético, el sanitario y la construcción hacen esfuerzos por iniciar proyectos que generan empleo y fomentan el progreso nacional.

Sin embargo, al mismo tiempo, llama la atención la gran cantidad de limitaciones, tramitaciones y altas barreras de entrada, especialmente administrativas, que atentan contra el desarrollo y el progreso y no se condicen con los esfuerzos que la propia Administración fomenta.

La aplicación del C.169, a través del CCR es un claro ejemplo de la hipótesis planteada, toda vez que este incorpora exigencias adicionales, que se desdican con el concepto de la ventana única que pretendía canalizar las múltiples autorizaciones sectoriales por la vía del sistema de evaluación ambiental (SEIA), donde ahora los tiempos de tramitación se extenderán considerablemente, donde jugará un rol preponderante la falta de certeza jurídica y la falta de seguridad en la realización de los proyectos que buscan su puesta en marcha, donde los inversionistas perderán el ímpetu de mantener por una gran cantidad de tiempo (varios meses) un enorme costo alternativo en la inversión de recursos que podrían invertir en otros negocios que rentabilizarán su aporte mucho más rápido que los proyectos que se someterán a la nueva regulación. El TC en su sentencia Rol N° 1050-08-CPR resolvió que la consulta a las comunidades indígenas no era inconstitucional, en lo que estamos de acuerdo, sin

embargo, para efectos prácticos la Administración deberá unificar los procesos con la finalidad de hacerlos eficientes.

Creemos que uno de los problemas de fondo que presenta el CCR es que este se basa en el reconocimiento expreso que hace a priori de una condición de vulnerabilidad y de mayor exposición al riesgo de los pueblos indígenas frente al resto de la sociedad chilena, no explicitando el porqué de esta aseveración, lo que deriva en la creación de un estatuto especialísimo y discriminatorio en relación a otros grupos que pueden estar en iguales o más desmejoradas condiciones.

**Naturaleza Jurídica del CCR.** Este "código" es una representación atípica en nuestro ordenamiento jurídico, donde la Administración pretende, según lo ha indicado, hacerlo obligatorio para las empresas públicas y voluntario, al menos inicialmente, para las empresas privadas. En la práctica seguramente lo que va a pasar será que de facto los servicios públicos relacionados comenzarán a pedir y a exigir muchas de las obligaciones que emanan del CCR, al sector privado, no sólo las obligaciones autoejecutables, sino que muchas otras, lo que producirá una escalada de acciones judiciales que dificultará el ambiente y distanciará más aún la posibilidad de culminar con éxito los proyectos que hoy están en carpeta para su ejecución, muchos de ellos con compromiso de financiamiento, pero que de eternizarse su puesta en marcha se corre el peligro de perder dicho compromiso, toda vez que los financistas de los proyectos tienen plazos distintos a los que se ha planteado la Administración, en el sentido que muy legítimamente ellos pretenden optimizar los recursos invertidos y seguramente no estarán dispuestos a esperar los plazos que la Administración se ha ido planteando con estas disposiciones.

Luego, para poder hacer vinculantes las normas que se han incorporado a este CCR, nuestro ordenamiento jurídico debiera ser readecuado, por las múltiples desarmonías que se producirán, esto significará modificar un sinnúmero de otras normas ya pertenecientes y vigentes a nuestro sistema jurídico que chocan de frente o al menos tangencialmente con las normas que se pretenden imponer. Esto seguramente retrasará muchísimo más su puesta en marcha.

El TC se refirió tangencialmente a esto cuando en su considerando 48 del estudio de constitucionalidad, habla de las normas que *"tienen el contenido y precisión necesarios que las habilitan para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente"*, vale decir, son de aplicación inmediata, pero hay que agregar que en este caso no debiera haber ninguna situación de falta de coherencia y armonía con las demás normas del derecho interno vigente.

Por otra parte, hay otro tipo de normas en el contenido del convenio, que requerirán para su entrada en vigencia y aplicación en el derecho interno, de la dictación de leyes u otras normas jurídicas, para su implementación y aplicación. Lo anterior no deja de tener su riesgo, toda vez que por la perseverancia que ha puesto la Administración en el CCR, no es dable pensar que a través de ciertos actos administrativos, con una interpretación equivocada, como se presenta a nuestro juicio el CCR, pueda la Administración incorporar por la vía administrativa algunas normas jurídicas (reglas) como reglamentos o decretos, al sistema jurídico interno vigente, pasando por alto muchos de los razonamientos que en este texto se plantean y seguramente otros que se irán incorporando a la crítica en las próximas semanas.

**Participación en los beneficios.** Una de las disposiciones más polémicas que se han incorporado a este CCR y que atenta contra muchos derechos de nuestro ordenamiento jurídico, es el planteamiento de la participación en los beneficios. Consideramos que esta disposición del C.169 es una proposición justa y equitativa, sin embargo discrepamos abiertamente con la interpretación que quiere darle la Administración, así en el texto del convenio dice en su artículo 15 N° 2 final: *"...Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reportan tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades"*, lo que a nuestro juicio es muy distinto a lo incorporado en el CCR, que abiertamente entiende que la palabra beneficios se refiere a beneficios económicos diciendo: *"...deberán considerarse beneficios a corto, a mediano y a largo plazo, incluidos los pagos por adelantado, pagos por etapas y regalías..."*, dejando así fuera de toda posibilidad los beneficios de tipo social, que son a nuestro entender el espíritu perseguido por la norma del Convenio 169. Así, las comunidades debieran recibir beneficios sociales como becas de estudios escolares y universitarios, debieran recibir o tener acceso a trabajos en los propios proyectos, según su calificación laboral, incluso podrían recibir el producto del proyecto, por ejemplo si es un proyecto de generación eléctrica podrían recibir luz eléctrica. Cuando la norma del C.169 se refiere a una indemnización, lo hace sólo cuando se ha producido un daño y este pago de los perjuicios se hace por una sola vez, como se desprende del propio texto. Pero pretender incorporar a las comunidades indígenas con pagos frecuentes durante toda la vida útil del proyecto es una visión equivocada, es un gravamen que habría que determinar si se trata de un royalty, o de un tipo de impuesto que impone la Administración a ciertos privados; habría que estudiar si esto atenta contra la disposición del artículo 19 numeral 20 de nuestra Constitución Política de la República, referida a la igual repartición de los tributos, y determinar a su vez si no atenta contra la norma constitucional que define que en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, como también estudiar cómo se concilia esto con el principio de la no afectación, de la misma norma cons-

titucional. En todo caso el CCR es un instrumento absolutamente insuficiente para poder materializar esta disposición, toda vez que este tipo de gravámenes, por el principio de legalidad, debe ser dispuesto por una ley.

**Conceptos no incorporados a nuestra legislación.** Tanto en la discusión parlamentaria, como en las aprensiones que han manifestado los diversos sectores productivos afectados con las normas de esta disposición, como las sentencias del Tribunal Constitucional, han hecho hincapié en el alcance de los términos “pueblo” y “territorio”, que son dos expresiones que están incorporadas al CCR y por supuesto en el C.169, pero que no es dable pasar por alto. Así, el concepto de pueblo en su sentido amplio tiene múltiples connotaciones e interpretaciones que nos pueden llevar a pensar que podría considerarse como un titular de soberanía, creando una nación dentro de otra nación, lo que sería de gran inconveniencia y atentaría lógicamente con nuestra aprensión inicial de separar en lugar de unificar nuestro país y sus habitantes. Luego, lo correcto sería pensar que todos los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, como único ente social aceptable, el que ciertamente no hace exclusiones de ningún tipo, sino por el contrario incorpora a todos los habitantes de la nación, incluyendo ciertamente a las comunidades indígenas como parte de nuestra comunidad nacional. En esto el Tribunal Constitucional fue claro, en la sentencia Rol N° 309 en su considerando 44° zanjó la discusión y planteó que la expresión “pueblos indígenas” en el C.169 se deben entender como el conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotados de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultados, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte, no constituyendo un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.

Con el concepto de “territorio” sucede algo similar, nuestra legislación indígena se refiere a tierra indígena en su título II artículo 12 de la Ley 19.253, disposición que a pesar de tener ciertas ambigüedades, es posible determinar cuales se consideran tierras indígenas, sin embargo el C.169 en su artículo 13 N° 2 incorpora un nuevo concepto, el de territorio, que lo define como *“lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*. Este concepto amplísimo, donde *todo cabe* entenderse como territorio indígena, sin lugar a dudas abrirá un frente de conflicto que afectará los derechos de propiedad constituidos en dichos sectores, porque esta norma plantea que bastaría la posesión y no la propiedad, luego, eso afecta claramente lo ya existente, además, estoy pensando, por ejemplo, cómo se afectará la plusvalía de dichas propiedades, en desmedro de sus legítimos dueños, que de una u otra forma ahora podrían quedar dentro de la afectación de territorio indígena. Por otra parte, el CCR es bien temerario al

incorporar, sin haberse resuelto con anterioridad un criterio a adoptar, en su texto (4.2.1) la conjunción “o”, equiparando el concepto de tierra a territorio, lo que claramente choca con nuestra legislación actual.

**Los recursos naturales** también son un tema que abre una línea de discusión, toda vez que el C.169 en su artículo 15 determina que lo pueblos indígenas tienen derechos sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y que estos derechos se extienden a la utilización, administración y conservación de estos recursos. Pero la pregunta que aquí cabe plantear es: ¿cómo esos derechos conviven con los derechos ya constituidos por otras personas naturales y jurídicas o con la normativa legal existente?

Recordemos que la norma constitucional es muy clara al respecto, donde su artículo 19 numeral 24 declara en forma expresa que la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad, en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, y continúa diciendo que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Luego, aquí tenemos un primer conflicto, por un lado es la propia Constitución la que protege el derecho, pero es la ley la que determina las condiciones, luego ante este cambio de condiciones, nuestro sistema jurídico deja de ser “armónico y pleno”, porque en consideración al elemento sistemático de interpretación, el ordenamiento jurídico representa un todo que no debe tener contradicciones, debiendo existir entre todas las normas la debida armonía, unidad lógica y coherencia; por lo tanto, la norma del C.169 producirá un choque de derechos con otras normas ya existentes, donde serán los tribunales los llamados a resolver estos problemas para el caso concreto. Si por un lado el fin último de la aplicación de la ley es el hacer justicia, la equidad como principio transversal a todo nuestro sistema jurídico es esa misma justicia aplicada al caso concreto, por lo tanto cuando no hay armonía en las normas existentes se produce un estado de indefensión y de inseguridad o falta de certeza jurídica, de difícil solución.

También el mismo artículo ya referenciado prescribe que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Y continúa diciendo que corresponde a la ley determinar qué sustancias... pueden ser objeto de concesiones de exploración y explotación, para posteriormente declarar la norma constitucional analizada, en forma expresa, que el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional. Luego con las disposiciones del C.169, artículo 15 inciso primero, cabe cuestionarse sobre si el Estado estará renunciando a estos derechos y reconociendo los derechos de los pueblos indígenas interesados, o más grave aún ¿está reconociendo derechos sobre derechos?

Lo mismo pasa con las aguas, la misma norma constitucional analizada declara que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la Ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos, luego ¿qué pasa con esta propiedad paralela que este nuevo estatuto estaría creando?

Por otra parte, en la norma del artículo 15 del C.169, con respecto a lo mismo, encontramos otra discriminación positiva con su correlato de discriminación negativa, así el citado convenio exige una consulta a los pueblos indígenas en el caso de existir recursos naturales, pero ¿qué pasa con los derechos de concesiones de exploración o de explotación minera ya existentes? o ¿qué pasará con todos los derechos de aguas constituidos en determinadas cuencas? o ¿qué pasará con las servidumbres de agua que otorga el Código de Aguas? o ¿qué pasará con las concesiones eléctricas provisorias o definitivas constituidas o en trámite de constitución? Otra vez se verá afectado seriamente el principio de seguridad o certeza jurídica.

El CCR fue un poco más cauto en este sentido, pero restrictivo al fin; éste plantea (4.2.1) que cuando un proyecto afecte sus tierras, territorios (*nótese que en este caso separó ambos conceptos tierra y territorio*) y recursos naturales se deberá consultar a las comunidades involucradas. En este caso en particular, los redactores del CCR incorporaron un derecho de participación para las comunidades, *consulta*, que no está explícito en la norma general. La ambigüedad en la norma es enorme, ¿cómo se llevará a efecto en la práctica?, ¿aquí se creará otro proceso de participación adicional a la consulta ciudadana del SEIA y del sistema de participación ciudadana sobre temas o proyectos que afecten a comunidades indígenas? o ¿se tendrá otra participación ciudadana cuando existan involucrados recursos naturales? Cuando se realice, ¿cómo se va a evaluar? ¿tendrá efecto vinculante? El principio de seguridad o certeza jurídica en este caso en particular se verá seriamente afectado.

**Los artículos 9 y 10 del C. 169.** Son artículos que no debieran tener aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, porque contienen normas sancionatorias abiertamente contradictorias con nuestra legislación constitucional, penal y procesal. Lo que hace el texto del artículo 9 es validar los métodos de cada pueblo indígena en la represión de los delitos que cometan sus miembros, lo que va en abierta inconsistencia con la disposición constitucional del artículo 19 numeral 3, que establece la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, diciendo *...nadie puede ser juzgado por comisión especial, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta...*

Cabe hacer presente, y siendo objetivos, que el C. 169 respeta el ordenamiento jurídico interno, toda vez que su encabezado contiene una redacción facultativa y no imperativa, como la gran mayoría de las normas del convenio. Así,

comienza diciendo *...En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...*, reconociendo de alguna forma lo controversial de la norma propuesta.

Lo anterior fue observado por el Congreso, en la discusión de aprobación de la norma, y se requirió de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, quien en su sentencia, considerando 52, después de analizar los preceptos constitucionales, concluye que *...debe necesariamente concluirse que lo que el convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional...*, y concluye el considerando diciendo *...es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica...* Continuando con el análisis el TC, en su considerando 53, analiza la inconstitucionalidad, concluyendo *...no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucionalidad, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado*, por lo tanto, el TC no consideró conveniente entrar al fondo del tema en cuestión, sino que lo dejó inaplicable por el sólo hecho de ser incompatible con la norma procesal interna y atentar contra el principio de igualdad ante la ley.

Lo mismo sucede al analizar el inciso segundo del artículo 9, que prescribe que las autoridades y los Tribunales antes de pronunciarse sobre cuestiones penales de dichos pueblos deberán tener en cuenta las costumbres indígenas, lo que atenta nueva y frontalmente contra el principio de igualdad ante la ley, incorporando una discriminación arbitraria en razón del origen étnico del delincuente, con relación a los demás delincuentes que no tienen dicha condición. El TC no consideró inconstitucional dicha norma, porque lo vio desde la perspectiva de la costumbre, y de cómo el ordenamiento jurídico en general de una u otra forma considera la situación personal de cada persona imputada, sin embargo creemos que en la práctica la mayor cantidad de delitos que puedan ser cometidos por delincuentes, tanto de origen indígena como de otro origen, su tipificación no permitirá la aplicación de la costumbre y no debiera considerar una diferenciación en la aplicación de la ley por su origen.

Finalmente, en lo que se refiere al inciso segundo del artículo 10, creemos que también es una norma incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, porque al prescribir que se *...deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*, en forma imperativa, se está tratando de limitar la capacidad del juez de aplicar la ley en su plenitud, restringiendo sus posibilidades si así lo estimare conveniente; recordemos que la norma constitucional del numeral 3 del artículo 19 indica que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, y de aceptarse esta norma incorporada al convenio, se podría acoger al final del inciso 3°, que

dice que *...a menos que una nueva ley favorezca al afectado...*, pero esta norma es general y abstracta, por lo tanto afecta a todos en forma indistinta, luego, no puede hacer diferencias odiosas o arbitrarias como pretende la norma del Convenio, que por el solo hecho de ser indígena podría tener sanciones distintas del encarcelamiento. Creemos que en este caso en particular volvemos a caer en la discriminación. Hay que recordar que es el juez quien debe valorar en plenitud la sanción y cómo se aplica esta, dentro de los márgenes que la ley permite, pero no podemos *ex ante* pautear al juez en forma discriminatoria.

**Algunos comentarios acerca de la transparencia y prevención de la corrupción.** Pocas palabras para referirnos al 4.2.9, transparencia y prevención de la corrupción, incorporadas al CCR, donde criticamos que la norma incorporada al texto ya referenciado no es omnicomprensiva, equilibrada, ni general y abstracta, como debiese ser una norma de común aplicación, toda vez que para su planteamiento sólo se pone en la hipótesis que serán los titulares de los proyectos los que podrían faltar a la transparencia y tener actitudes o acciones vetadas por la ética y evidentemente corruptas, lo que con un sencillo análisis cualquiera puede darse cuenta que estas actitudes por regla general cuando se presentan pueden provenir de cualquier persona. Ahora bien, nuestra crítica no apunta sólo a la omisión en dicho precepto, sino que a la luz de los procedimientos que se pretenden imponer, es posible pensar que puede darse perfectamente, que se condicionen la aceptación de los proyectos y las consultas, pidiendo, exigiendo, directa o indirectamente, ciertas compensaciones que debieran dar los proyectos a cambio de dicha aceptación. No es nuestro interés el empatar la norma, pero nos parece razonable que *ex ante* se coloque la norma en una sola posición sin considerar la posibilidad contraria.

**Las expectativas indígenas.** La Administración ha sido un tanto descuidada en el manejo de la información relacionada con la aplicación del C.169, y se han ido creando polémicas, con el avanzar de las semanas, todas con una importante cobertura mediática a través de los medios de comunicación social. Si miramos el contenido de la actual propuesta de CCR, esta lo que ha hecho es crear inmensas expectativas en el mundo indígena, por un lado, e inmensas incertidumbres en el mundo empresarial, por otro, poniendo en riesgo las inversiones proyectadas. Así, los grupos indígenas más radicalizados ya han comentado públicamente que se están preparando y se encuentran analizando los proyectos de inversión en zonas donde regirá el CCR, que se estiman en 9,4 millones de hectáreas en todo el país (diario *La Segunda*, 27 de mayo de 2009). Esto no parece razonable, toda vez que los temas están en plena discusión y las expectativas que se crean pueden transformarse en desilusión, que sólo acarreará más conflictos. En los últimos días, ya fuimos testigos de cómo algunos Ministros de Estado trataron de bajarle el perfil al CCR.

Finalmente, a solo tres meses de la entrada en vigencia del C.169, las preguntas son infinitas y las respuestas escasean, pero lo que sí podemos tener claro es que toda esta polémica ha creado incertidumbre y ha restado competitividad a la economía de nuestro país, dejando en un statu quo las decisiones de inversión que tanto necesita nuestro país con miras a convertirse en un país desarrollado; ha creado divisiones sociales que creíamos superadas, afectando directamente la integración social nacional y ha fomentado los conflictos sociales internos. Esperemos que con inteligencia, equidad y buen juicio se llegue a fórmulas que realmente beneficien a los diversos actores que intervienen.

Por nuestra parte, no queremos quedarnos sólo en el análisis crítico de la norma propuesta, sino que prepararemos una alternativa que contribuya a la solución de los problemas planteados.



# **Sociedades de inversiones y patente municipal**

**Patricio Figueroa Velasco**

Profesor de Derecho Tributario

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

El presente estudio persigue dilucidar si las “Sociedades de Inversiones” están o no afectas al pago de patente municipal, dado que se trata de un asunto muy controvertido entre las Municipalidades y los contribuyentes, que ha sido materia de diversos dictámenes de la Contraloría General de la República y de fallos de los Tribunales Superiores de Justicia, los que –a nuestro juicio– no han logrado aún un efecto clarificador sobre la materia.

La normativa legal sobre las “patentes municipales” está contenida, básicamente, en el Decreto Ley 3.063 (D. Of. 29-12-1979) sobre Rentas Municipales y sus modificaciones –en adelante L.R.M.–, complementado por su Reglamento, el Decreto 484 del Ministerio del Interior (D. Of. 1-08-1980) en adelante “El Reglamento”. También debetenerse presente el art. 58 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, D.F.L. 458 (D. Of. 13-04-1976), en adelante “L.G.U. y C.”.

El desarrollo de esta materia lo efectuaremos a través de los siguientes puntos:

## **1. ¿Qué es, jurídicamente, la patente municipal?**

La “patente municipal”, por una parte, tiene el carácter de un impuesto, y, por otra parte, representa una autorización municipal para ejercer una actividad en un determinado lugar de una comuna.

La patente municipal reviste el carácter de un impuesto, porque expresamente la Ley de Rentas Municipales la incluye entre las disposiciones de su Título IV, que denomina “De los Impuestos Municipales”, siéndole aplicable las garantías constitucionales en materia tributaria, especialmente el principio de la legalidad

y de la reserva legal, según expresamente lo ha declarado la Corte Suprema en diversas oportunidades.<sup>1</sup>

Por otra parte, el pago de la contribución de patente municipal, desde el punto de vista material, se representa por un “documento” que acredita el pago del impuesto correspondiente, y sirve de título al contribuyente para desarrollar –en un lugar determinado de la Comuna– la actividad para la cual solicitó la patente, lugar que deberá indicarse en la respectiva solicitud de autorización.<sup>2</sup> Cabe señalar que la actividad y lugar para el cual se solicita la patente deberán estar permitidos en las normas sobre uso del suelo conforme al Plan Regulador de la Comuna.

## 2. ¿Qué normas legales y reglamentarias se aplican a la patente municipal?

Estas normas son, principalmente, las siguientes:

**2.1.** La que establece que “el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal” (art. 23, inc. 1° L.R.M);

**2.2.** La norma que prescribe que “La patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado, con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda” (art. 24, inc. 1° L.R.M)

**2.3.** La disposición que señala que “Toda persona que inicie un giro o actividad gravada con patente municipal presentará conjuntamente con la solicitud de autorización para funcionar en un local determinado, una declaración jurada simple acerca del monto del capital propio” (art. 26, inc. 1° L.R.M.).

<sup>1</sup> Puede consultarse fallo de la C. Suprema, de 27 de julio de 2004, recaído en rec. casación de fondo de Inversiones Abranquil Ltda. contra I. Municipalidad de Lo Barnechea, Rol 2.725-2003, Cons. 9°, como asimismo fallo de la Corte Suprema de 9 de julio de 2008, recaído en rec. de casación de fondo de Inversiones El Manzano Ltda. con I. Municipalidad de Vitacura, Rol 601-2007, Cons. 9°.

<sup>2</sup> La “solicitud de autorización” está reglamentada en el art. 26 de la L.R.M complementada por el art. 12 del Reglamento, Decreto Supremo 484 del año 1980, especialmente el número 2), que exige al peticionario indique en forma precisa “el establecimiento en que se desarrollará la actividad gravada”. Por su parte, el D.F.L. 458 del año 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones, en sus arts. 57 y 58, relativos al uso que puede darse al suelo urbano, señala que “el otorgamiento de patentes municipales será concordante con dicho uso de suelo”, requiriendo el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales, añadiendo que: “El otorgamiento de patentes que vulneren el uso del suelo establecido en la planificación urbana acarreará la caducidad automática de éstas”.

**2.4.** Disposición que obliga a la municipalidad correspondiente a otorgar la patente solicitada, “sin perjuicio de las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial que contemplen las respectivas ordenanzas municipales” (art. 26, inc. 3° L.R.M.), norma concordante con los arts. 57 y 58 de la L.G.U. y C., conforme a las cuales el uso del suelo urbano en las áreas urbanas se rige por los Planes Reguladores respectivos y el “otorgamiento de patentes municipales” será concordante con dicho uso del suelo.

### **3. ¿Cuál es el “hecho gravado” con el impuesto denominado contribución de patente municipal?**

Conforme a las normas legales indicadas precedentemente, el “hecho gravado” con la contribución de patente municipal debe corresponder a una actividad lucrativa secundaria o terciaria que sea desarrollada por una persona natural o jurídica en un local, oficina, establecimiento o lugar determinado del territorio correspondiente a la Municipalidad.

Lo dicho aparece claramente expresado en dictamen de la Contraloría que señala textualmente: “procede el cobro de patente cuando concurren copulativamente los siguientes requisitos: **a) Que la actividad esté gravada con ese tributo; b) Que ésta sea efectivamente ejercida por el contribuyente, y c) Que se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado** (Dictamen 54.106 de 14-11-2006).

Por ahora, nos ocuparemos de los requisitos indicados en las letras b) y c) precedentes, para analizar más adelante el indicado en la letra a).

### **4. ¿Cuándo debe entenderse que una actividad es efectivamente ejercida por el contribuyente?**

Este concepto ha sido debidamente precisado por la Contraloría, al señalar que por tal debe entenderse “la ejecución de una serie de actos tendientes o destinados a obtener un lucro o ganancia económica, con independencia que ese resultado se produzca, pero que en todo caso se desarrolla en un período de tiempo, más o menos prolongado” (Dictamen 4.407 de 28-01-2009).

La circunstancia de si una persona ejerce efectivamente una determinada actividad, como bien lo ha señalado la Contraloría, “es una cuestión de hecho que corresponde establecer a la Municipalidad acorde con los antecedentes acompañados por el contribuyente y lo que logre reunir mediante sus procedimientos de inspección”.(Dictamen 60.459 de 19-12-2008).

## **5. Ejercicio efectivo de la actividad en un lugar determinado. Domicilio social y domicilio tributario**

Este requisito lo establece expresamente el art. 24, inc. 1° de la Ley de Rentas Municipales. El "lugar determinado" que exige la ley debe corresponder a un espacio o lugar físico ubicado dentro del territorio comunal, en el cual la Sociedad disponga de los elementos propios al desarrollo de una actividad de este tipo, como ser oficina, muebles, computadores, personal de oficina, etc. Este lugar se conoce como "domicilio social" (art. 64 C. Civil).

Cabe recordar también que todo contribuyente debe **constituir para efectos tributarios un determinado domicilio, pero ello no significa que realmente corresponda al "lugar determinado" de ejercicio de la actividad que requiere la Ley de Rentas Municipales para gravar al contribuyente con "patente municipal"**. Esto ha sido expresamente precisado por la Contraloría al expresar que **"la declaración de domicilio tributario efectuada ante el Servicio de Impuestos Internos, si bien constituye un indicio de que una persona puede efectuar una actividad comercial gravada con patente municipal, no demuestra, por sí misma, el ejercicio de esa actividad, por lo que de esa sola manifestación no puede inferirse que una persona tenga un domicilio u oficina en que ejerza una actividad afecta al gravamen"** (Dictamen 32.292 del 2002 y dictamen 4.407 de 28-01-2009).

## **6. ¿Qué es una "Sociedad de Inversiones"?**

Es necesario precisar este concepto –no definido por la ley– para analizar posteriormente si respecto de ellas se cumplen o no los requisitos que determinan el "hecho gravado" con patente municipal, conforme lo hemos indicado en el número 3.

Debe entenderse por "Sociedad de Inversiones" aquella persona jurídica que, persiguiendo fines de lucro, tiene por objeto social, sea exclusivo o en común con otros objetos, el efectuar "inversiones"; ahora bien, por "inversión" debemos entender, estrictamente, la acumulación de activos, ya sean corporales, como los bienes raíces y muebles, o bien bienes incorpóreos, como los créditos y meros derechos (art. 565 C. Civil). El fin de la inversión debe ser mantener, en principio, por un período más o menos prolongado de tiempo, la existencia de estos bienes o valores, es decir, la compra o adquisición de estos bienes, no se hace con un ánimo de rápida venta o liquidación, es decir, el objeto de la sociedad es civil y no comercial. Es el criterio de Impuestos Internos, cuando analiza el art. 18 de la Ley de la Renta, a fin de establecer si existe o no habitualidad, analizando si la compra que hizo el contribuyente fue con ánimo de revender el bien o de inversión.

## **7. ¿Qué tipo de actividad realiza una Sociedad de Inversiones? Distintos tipos dentro de esta clase de sociedades**

La Sociedad de Inversiones, al igual que cualquier sociedad, persigue un fin de lucro, ya que ello es de la esencia de toda sociedad (C. Civil. art. 2053); ahora bien, para poder obtener el fin social es necesario algún tipo de actividad, ya que sin ella no será posible obtener beneficios.

Esta actividad –según el grado en que se ejerza– determinará que estemos en presencia de una Sociedad de Inversiones activa o pasiva. La activa desarrollará una actividad permanente, requiriendo de un lugar físico determinado para esta actividad (local, oficina, establecimiento, etc.) y, normalmente, se relacionará activamente con terceros, disponiendo de elementos materiales y humanos a su servicio, como ser muebles, útiles, computadores, personal, etc. Por el contrario, se conoce como Sociedad de Inversiones pasiva aquella que solo tiene una actividad menor, generalmente a través de actos aislados de sus socios, sin necesitar de un local, oficina o establecimiento para funcionar.

En el caso de la Sociedad de Inversiones activa se cumplen claramente dos de los requisitos que conforman el “hecho gravado” con patente municipal que hemos señalado, esto es, que se trate de una actividad efectivamente ejercida por el contribuyente, y que esta actividad se ejerza en un local, oficina, establecimiento o lugar determinado del territorio de la respectiva Municipalidad. Más adelante examinaremos si se cumple el requisito de desarrollar una actividad gravada por la ley.

Tratándose de la Sociedad de Inversiones de tipo pasivo, no hay una actividad permanente de cierta intensidad, y, en todo caso, la Sociedad para la actividad que eventualmente pueda desarrollar no ocupa un lugar físico de la comuna, como ser un local, oficina u otro lugar similar. Esta sociedad no se encuentra en situación de obtener la autorización de funcionamiento que implica la patente municipal, ya que conforme al Reglamento de la Ley no cumple con uno de los requisitos de la “solicitud de autorización”, cual es, indicar la **“ubicación precisa del establecimiento en que se desarrollará la actividad gravada”** (art. 12 N° 2 del Reglamento).

Por consiguiente, tratándose de una Sociedad de Inversiones de este tipo, no se cumple el requisito de ejercer su actividad en un lugar determinado de la comuna, y, por lo mismo, no puede quedar afecta al pago de patente municipal, aun cuando se considere que la actividad relacionada con “inversiones” correspondiere a una actividad lucrativa gravada con patente municipal.

## **8. ¿Las actividades que desarrolle una Sociedad de inversiones constituyen o no una actividad gravada con contribución de patente municipal?**

El art. 23 de la L.R.M, como ya lo señalamos, **grava con patente municipal el ejercicio de cualquier “actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación”**. Este artículo no definió lo que debía entenderse por estas actividades, pero en su inciso final dispuso: “El Presidente de la República reglamentará la aplicación de este artículo”, lo que el Presidente efectivamente hizo mediante el Decreto 484 de Interior, que en su art. 2º definió las actividades primarias, secundarias y terciarias.

En lo que dice relación con la materia que nos interesa, definió las “**actividades terciarias**” en la siguiente forma: “Son aquellas que consisten en el comercio y distribución de bienes y en la prestación de servicios de todo tipo y, **en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias**, tales como comercio por mayor y menor, nacional o internacional, representaciones, bodegajes, financieras, servicios públicos o privados, estén o no regulados por leyes especiales, consultorías, servicios auxiliares de la administración de justicia, docencia, etc.”.

Como puede apreciarse, si bien el Reglamento no mencionó expresamente entre las “actividades terciarias” las relativas a inversión, es evidente que ellas quedan comprendidas en la frase buzón de toda actividad lucrativa no comprendida entre las actividades primarias y secundarias; ahora bien, como la “patente municipal” es un impuesto, sólo puede ser establecido por ley (principios de la legalidad del tributo y reserva legal), por lo que corresponde analizar si el Ejecutivo, al dictar el Reglamento de la L.R.M, amplió el “hecho gravado” en relación a las “actividades terciarias” más allá de lo prescrito por la Ley, caso en que el Reglamento adolecería de ilegalidad y no correspondería que fuere aplicado por un tribunal. Si por el contrario, el Reglamento se limitó a precisar los términos de la ley, sin alterar el “hecho gravado”, no existiría tal ilegalidad, y la actividad de las Sociedades de Inversiones correspondería legítimamente calificarlas de “actividades terciarias” y como tales gravadas con patente municipal.

## **9. ¿Se extralimitó o no el Poder Ejecutivo en el Reglamento de la L.R.M. al definir las actividades económicas terciarias?**

Hay quienes piensan que las actividades económicas terciarias a las cuales se refiere la ley comprenden básicamente las actividades de intermediación, sea en relación a bienes y/o servicios, por lo que el Reglamento de la ley, al incluir en ellas “cualquier actividad lucrativa” no comprendida en las actividades

primarias y secundarias, habría ampliado el “hecho gravado”, lo que no le es permitido a un Reglamento, el cual sería ilegal, no correspondiendo su aplicación por un tribunal. Esta posición aparentemente estaría respaldada por dos fallos de la Corte Suprema,<sup>3</sup> aunque –a nuestro juicio– si bien ambos fallos negaron la aplicación de “patente municipal” a Sociedades de Inversiones, de determinadas características, tuvieron en vista diversas consideraciones y solo en forma marginal se refirieron a que un reglamento no puede ir más allá de la ley, pero sin hacer una confrontación directa entre el art. 23 de la L.R.M. y el art. 2° del Reglamento respectivo.

Personalmente, estimamos que el Decreto 484 es un reglamento de ejecución de la Ley de Rentas Municipales, que en relación al tributo de la patente municipal se encuadra dentro del marco de la ley.

Las razones para sostener esta posición son las siguientes:

a) La ley grava cualquier actividad lucrativa secundaria o terciaria, **sea cual fuere su naturaleza o denominación**, lo que está demostrando la amplitud del hecho gravado que quiso establecer el legislador. Ahora bien, como la ley no definió lo que debía entenderse por ese tipo de actividades económicas, debemos recurrir al sentido que le dan los que profesan la ciencia económica (regla del art. 21 del C. Civil).

b) La conceptualización de las actividades económicas terciarias en la ciencia económica es de gran amplitud, señalándose que “los posibles servicios que se pueden prestar a la sociedad son muchos y muy variados. Este es un sector en el que cabe casi todo, de ahí su heterogeneidad”. Hoy en día en los países desarrollados el sector terciario es el que más contribuye al producto interior bruto (PIB) (Tomado del Índice de Geografía Económica).

c) Por otra parte, las Sociedades de Inversiones son sociedades de capital, con actividad –mucho o poca– tendiente a incrementar los activos físicos y valorizarlos, por lo que no resultaría muy comprensible pensar que el legislador haya gravado todas las actividades lucrativas que se desarrollan en locales, oficinas, establecimientos o lugares determinados del territorio comunal, y no haya incluido este tipo de sociedades. Están expresamente gravadas las Sociedades de Profesionales (art. 32), lo que hace más difícil pensar que estas sociedades de capital, para inversiones, no estén afectas, en principio, al pago de patente municipal.

<sup>3</sup> Puede consultarse fallo de la C. Suprema, de 27 de Julio de 2004, recaído en rec. casación de fondo de Inversiones Aبرانquil Ltda. contra I. Municipalidad de Lo Barnechea, Rol 2.725-2003, Cons. 9°, 10° y 11°, como asimismo fallo de la Corte Suprema de 9 de julio de 2008, recaído en rec. de casación de fondo de inversiones El Manzano Ltda. con I. Municipalidad de Vitacura, Rol 601-2007, Cons. 9° y ss.

## **10. Conclusiones**

A nuestro juicio, el análisis precedente permite llegar a las siguientes conclusiones:

**10.1.** Las Sociedades de Inversiones son personas jurídicas que persiguen fines de lucro.

**10.2.** Las actividades económicas que puedan desarrollar las Sociedades de Inversiones pueden calificarse de "actividades terciarias", gravadas en la Ley de Rentas Municipales con contribución de patente municipal, siempre que correspondan a una actividad permanente con local, oficina u otro establecimiento que funcione en un lugar determinado de la comuna.

**10.3.** Las Sociedades de Inversiones estarán gravadas con patente municipal siempre que cumplan copulativamente con los siguientes requisitos: a) Que la actividad de inversiones sea materia de un ejercicio efectivo en el año correspondiente; y b) Que realicen su labor en una oficina, local, establecimiento o lugar determinado de la comuna.

Estos requisitos se cumplen generalmente en las denominadas Sociedades de Inversiones activas.

**10.4.** Las Sociedades de Inversiones no están afectas a patente municipal si durante el año correspondiente no han realizado una actividad caracterizada por una serie de actos propios de su giro, o bien, en el caso que aun realizando esta actividad, ella no la hayan desarrollado en un local, oficina, establecimiento o lugar determinado del territorio comunal.

**10.5.** El hecho de que la Sociedad haya desarrollado efectivamente una actividad lucrativa que dé lugar al pago de patente municipal, es una cuestión de hecho que corresponde establecer a la Municipalidad, acorde con los antecedentes acompañados por el contribuyente y los que logre reunir mediante sus procedimientos de inspección.

## **11. Breve análisis de algunos criterios emanados de la jurisprudencia administrativa o judicial relacionados con la contribución de patente municipal**

**11.1. Alcance de la modificación introducida al art. 24, inc. 1° de la L.R.M.**

La Ley 20.033 (D. Of. 1-07-2005) incorporó al inciso 1° del art. 24 de la L.R.M. el siguiente acápite: "Tratándose de sociedades de inversiones o sociedades

profesionales cuando éstas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la Comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el Servicio de Impuestos Internos. Para estos efectos dicho Servicio aportará esta información a las municipalidades por medios electrónicos durante el mes de mayo de cada año". Hay Municipalidades que han sostenido que esta norma confirmaría la procedencia del pago de patente municipal respecto de las Sociedades de Inversiones, pero es evidente que la modificación legal no ha configurado un nuevo "hecho gravado", sino que se ha limitado a establecer una norma de fiscalización, que operará en el caso de que la Sociedad de Inversiones efectivamente deba pagar la contribución de patente municipal.

### **11.2. ¿Las Sociedades de inversiones deben ser sociedades civiles o pueden también ser comerciales?**

Hay quienes sostienen que si la sociedad es de carácter comercial, estaría afectada a patente municipal, porque sus actos serán actos de comercio.

A nuestro juicio, la Sociedad de Inversiones, se califique de civil o comercial, sólo estará afectada a contribución de patente municipal si desarrolla un giro en forma continuada en un local, oficina o lugar determinado de la comuna.

### **11.3. ¿Qué pasa si la Sociedad está constituida como sociedad anónima?**

Hay diversos fallos conforme a los cuales el solo hecho de que una sociedad se constituya como sociedad anónima le da el carácter de mercantil, y, por lo mismo, estará siempre afectada al pago de patente municipal.<sup>4</sup>

### **11.4. ¿Qué ocurre con las sociedades de objeto múltiple, uno de los cuales es la inversión?**

Si dentro del giro de una empresa existen actividades gravadas con patente municipal y cuenta con oficina en el territorio de la Municipalidad correspondiente, la sociedad se encuentra afectada al pago de patente.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Este criterio aparece recogido por la Corte Suprema, en sentencia de 24/12/2008 (Rol 6.799/2007), causa "Inversiones Integradas S.A. con I. Municipalidad de Providencia, en cuyo Cons. 14° se expresa que si se trata de una Sociedad Anónima, ella por su naturaleza mercantil siempre estará afectada al pago de patente municipal. Igual doctrina expresa fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de enero de 2009, recaída en causa Agrícola Santa Rosa del Parque S.A. con I. Municipalidad de Providencia (Cons. 5°, Rol 5168/2008).

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 7-01-2009, Rol 5168-2008, recaída en recl. ilegalidad "Agrícola Sta. Rosa del Parque S.A. con I. Municipalidad de Providencia".

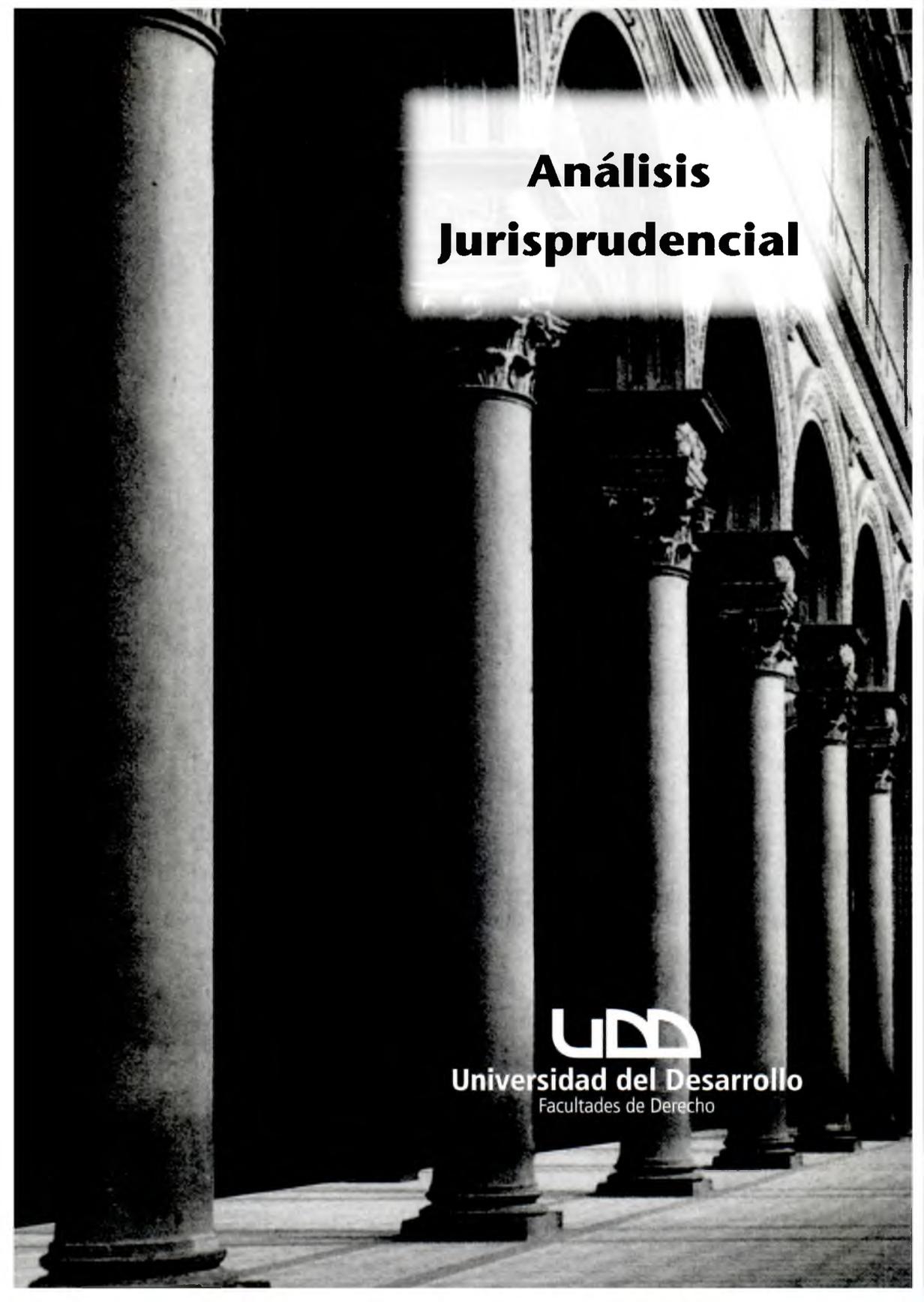
**11.5. La calificación de la actividad de las “Sociedades de Inversiones como actividad terciaria, gravada con el pago de patente municipal”, ha sido objeto de varios dictámenes en tal sentido de la Contraloría y sentencias de los Tribunales de Justicia.<sup>6</sup>**

Como observación final relacionada con los dictámenes y jurisprudencia antes señalados, debemos expresar nuestro convencimiento de que para calificar si una Sociedad de Inversiones está o no afecta al pago de la contribución de patente municipal, lo fundamental será siempre determinar si hay o no en el año correspondiente un ejercicio real y efectivo de la actividad y si ella se realiza en algún local, oficina, establecimiento o lugar físico del territorio comunal. Si no se cumplen ambos requisitos, el contribuyente no estará afecto al pago de patente. Si, por el contrario, se cumplen ambos requisitos, el contribuyente estará afecto al pago de patente municipal, siendo indiferente –a nuestro juicio– el calificar o no de civil o comercial la sociedad.

Finalmente, debemos agregar que hay quienes para aliviar estas discusiones frente a la Municipalidad optan por sociedades civiles, con objeto exclusivo de inversiones, con prohibición de ejercer actos de comercio, y respecto de las cuales el domicilio es solo para efectos tributarios, no disponiendo de lugar físico en la comuna para el desarrollo de su actividad. Es una situación bastante similar al de un particular que destina sus ahorros a inversiones, las cuales hace esporádicamente, sin instalaciones ni personal destinado a estos efectos.

---

<sup>6</sup> Pueden consultarse al efecto Dictámenes N° 12.607 de 20/03/2006; N° 54.106 de 14/11/2006; N° 60.459 de 19/12/2008 y fallo de 02/04/2007 de C. de Apelaciones de Santiago, Rol 1146/2006, causa Soc. de Inversiones P y H Ltda. c/I. Munic. de Providencia y Sentencia C. de Apelac.de Santiago, de 10.11.2008, Rol 4812-2008, en causa “Inmobiliaria e Inv. La Sierra Ltda. c/ I. Municp. de Vitacura”.



# **Análisis Jurisprudencial**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria**

Casación en el fondo, 26 de marzo de 2007.  
Revista *Fallos del Mes* N° 543, pág. 262.

COMENTARIO:

**Emilio Rioseco Enríquez**

Ex Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

## **Doctrina**

En el sistema de nuestro Código Civil se distingue claramente entre garantías y cauciones, entre las que existe una relación de género a especie. La garantía está dirigida, en general, a otorgar seriedad y confianza en las partes respecto al cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, facilitando el ejercicio de las acciones legales, especialmente para el cumplimiento forzado por equivalencia que podrá cumplirse en la garantía, la cual, para tales efectos se entrega al acreedor o a un tercero. Esto diferencia a la garantía de las cauciones, que el legislador entiende accesoriamente contraídas para la seguridad de otra obligación propia o ajena (art. 46 del C. Civil).

En los mismos términos, corresponde distinguir la boleta de garantía de la cláusula penal, pues la primera no está vinculada necesariamente al cumplimiento de una o varias obligaciones, sino que a la íntegra y oportuna ejecución del contrato en su totalidad y a responder por la indemnización de perjuicios. Por el contrario, la cláusula penal está llamada a responder por el incumplimiento de determinadas obligaciones, ya como pena, ya como evaluación anticipada de perjuicios, según fue pactada, y la opción del acreedor, en su caso, conforme al art. 1543 del C. Civil.

## **Sentencia**

### **FALLO EXCMA. CORTE SUPREMA**

*Stgo. 26 de marzo de 2007.*

*En estos autos rol N° 00161 del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, caratulados "Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares Talcahuano A.G. con Construcciones y Servicios Lanalhue Limitada" sobre indemnización de perjuicios derivados de incumplimiento de contrato, su juez titular por sentencia de treinta y uno de julio de dos mil dos, que se lee de fojas 215 a 224 vuelta, acogió la demanda, sólo en cuanto ordena el pago de la suma de \$ 44.752.746 por concepto de daño emergente (terminación y reparación de obras) y la indemnización por cláusula penal ascendente a la suma de \$ 4.209.861.*

*Apelada por la demanda y habiendo adherido a la apelación la demandante, una Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción la revocó en aquella parte que hacía lugar a la demanda ordenando el pago del daño emergente, y en su lugar rechazó tal petición y confirmó en lo demás la referida sentencia.*

*En contra de esta última decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.*

*Se trajeron los autos en relación.*

### **CONSIDERANDO:**

*PRIMERO: Que en concepto de la recurrente la sentencia impugnada ha incurrido en errores de derecho infringiendo diversas disposiciones legales según se pasa a explicar:*

*Sostiene que el fallo recurrido ha infringido el artículo 1545 del Código Civil, al calificar erradamente las cláusulas contractuales, atribuyéndoles un carácter distinto, infringiendo así la ley del contrato. En efecto, califica de pena o de evaluación anticipada de los perjuicios el pacto contractual por el cual se estableció una garantía, le atribuye el carácter de cláusula penal a aquella que sólo tuvo por objeto establecer una garantía (cláusula 15° del contrato y 7° de su modificación). Estima que se ha infringido el artículo 46 del Código Civil, que define la caución como garantía y no como una cláusula penal, al atribuir los sentenciadores a la boleta bancaria convenida, la calidad común de ser evaluaciones convencionales anticipadas de perjuicios en caso de incumplirse el contrato, en circunstancias que aquel documento tiene el carácter de caución, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento del contrato.*

*Agrega que se ha vulnerado el artículo 69 N° 13 del D.F.L. 3 de 19 de diciembre de 1997, al darle el fallo recurrido la calidad de cláusula penal a la boleta bancaria*

convenida. Esta norma deja en claro que la boleta bancaria sólo tiene una función de garantía, aunque con particularidades especiales y no como cláusulas penales ni como evaluación anticipada de perjuicios.

Asimismo se ha aplicado falsamente el artículo 1535 del Código Civil a hechos que reclaman la aplicación de otras normas, en especial la de los artículos 1545 y 46 del Código Civil y la del artículo 69 N° 13 de la actual Ley de Bancos, toda vez que una Boleta Bancaria, que es una garantía, no tiene la calidad de multa o pena y menos el carácter de evaluación anticipada de perjuicios.

Se han infringido asimismo los demás artículos del título XI del Libro IV del Código Civil, en especial el artículo 1543 del Código Civil, aplicándose a un caso para el cual no está establecido, cuando en el fundamento 17° del fallo impugnado resuelve que al haber cobrado el demandante la boleta bancaria habría optado por hacer efectiva la cláusula penal compensatoria y ya no podría perseguir la indemnización de perjuicios. Así los sentenciadores nuevamente califican erradamente el pacto, ya que el cobro de la boleta no es más que el cobro de la garantía y no de una multa o pena que nunca se ha establecido.

Finalmente observa que se han infringido los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, porque los jueces del fondo han desatendido el tenor literal de los pactos y la intención de los contratantes claramente manifestada en ellos. En efecto, las partes nunca le atribuyeron a la boleta de garantía el carácter de una evaluación anticipada de perjuicios. Y al calificar los sentenciadores como cláusula penal en pacto por el cual se estableció la necesidad de otorgar boletas bancarias han desatendido la voluntad de las partes.

SEGUNDO: Que para resolver el presente recurso es útil tener presente los siguientes hechos establecidos por los jueces del fondo:

a. Que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de ejecución de obra material, en virtud del cual la demandante le encomendó a la demandada la realización de una obra de suministro e instalación de la red de alcantarillado, en el sector de Jaime Repullo de la ciudad de Talcahuano. El precio pactado alcanzaba a la suma de \$ 51.003.062.

b. Que el contrato se celebró por instrumento privado de fecha 29 de enero de 1998, el que fue modificado por un nuevo instrumento privado el 29 de mayo de 1998, conforme al cual la obra debía estar terminada el 27 de octubre de 1998, plazo que fue prorrogado por la demandante venciendo impostergablemente el 16 de septiembre de 1999.

c. Que en septiembre de 1999 se efectuó por parte de la demandante un anticipo a la demandada por la suma de \$ 12.000.000 contra boleta bancaria de garantía por \$ 2.661.000, que fue cobrada por la demandante.

d. Que a fin de caucionar el fiel cumplimiento del contrato la parte demandada otorgó boleta de garantía consistente en boleta bancaria a la orden de la actora, la que sería devuelta contra recepción provisional de la obra, según se lee en el contrato (cláusulas 15ª del contrato y 7ª de su modificación): “y para tal efecto, el contratista rendirá en esa oportunidad una nueva garantía a la misma orden y con vencimiento a un año mínimo, contado desde la fecha de recepción provisional, la que resguardará la correcta ejecución de la obra y cubrirá una garantía por el período de un año, la que será devuelta dentro de los 15 días siguientes a la liquidación del contrato...”, se sometió asimismo a una multa por cada día de atraso en la ejecución de las obras sobre el plazo contratado (cláusula 16ª del contrato); y se pactó la retención de un porcentaje del valor de cada estado de pago para garantizar el cumplimiento del contrato, el que sería devuelto efectuada la recepción provisoria (cláusula 5ª del contrato).

e. Que se encuentra acreditado que la demandada incumplió el contrato, en cuanto a su obligación de ejecutar correctamente las obras que le fueron encomendadas.

f. Que el recurso de protección rol N° 1381-2000, interpuesto el 21 de diciembre de 1999, tenido a la vista, aparece que ante el incumplimiento del contrato por parte de Construcciones y Servicios Lanalhue Ltda., la demandante le comunicó a esta última que procedería a terminar las obras con otra empresa y que haría efectiva en su oportunidad las garantías contractuales, lo que motivó la interposición del referido recurso de protección por parte de la demandada en el que solicitó la inmediata suspensión del cobro de la boleta bancaria de garantía por la suma de \$ 2.661.000, recurso que fue rechazado por extemporáneo y se ha notificado al Banco Santander para que proceda al pago de la misma.

TERCERO: Que la demandante a través de la acción interpuesta en autos ha solicitado se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y que ésta le indemnice los perjuicios derivados del incumplimiento (mala ejecución de las y obras y retardo en la ejecución de las mismas); la restitución de una suma de dinero entregada a título de anticipo (por la que se habría otorgado por la demandada boleta de garantía por la suma de \$ 2.261.000 y única boleta cobrada por la demandante) y el pago de lo estipulado por concepto de cláusula penal pactada en el contrato por el simple retardo.

CUARTO: Que de lo dicho aparece que las partes en la cláusula décimoquinta del primer contrato pactaron “que a fin de caucionar el fiel cumplimiento del contrato, el contratista rinde en este acto garantía consistente en boleta bancaria a la orden de la demandante por la suma de \$ 4.322.293 con vencimiento al 28 de julio de 1998, la que será devuelta contra recepción provisional de la obra...” y en la cláusula 7ª de la modificación del contrato, las partes señalaron “que a fin de caucionar el fiel cumplimiento del contrato, el contratista rinde en este acto garantía consistente en boleta bancaria a la orden de la demandante por la suma de \$ 5.322.000 con vencimiento al 30 de noviembre de 1998, la que reemplaza la boleta de garantía entregada en el contrato original. Esta garantía le será devuelta contra la recepción

provisional de la obra...". Y que en septiembre de 1999, la demandante efectuó un anticipo a la demandada de \$ 12.000.000, contra boleta bancaria de garantía por \$ 2.261.000, que no formó parte del contrato de ejecución de obra suscrito por las partes, sino que su finalidad fue cubrir aquel anticipo recibido por la demandada (única boleta que el demandante ha hecho efectiva).

QUINTO: Que efectivamente los sentenciadores de la instancia, sobre la base de las estipulaciones contractuales que dieron por establecidas, concluyeron que "en el contrato de ejecución de las obras, la demandada se sujetó a una pena de carácter compensatorio, traducida en el otorgamiento de una boleta bancaria para asegurar el fiel cumplimiento del contrato", como de "la correcta ejecución de la obra". Se agrega luego, que la demandada se sometió "a una pena moratoria consistente en su obligación de pagar una multa ascendente al uno por mil del valor total del contrato por cada día de atraso en la ejecución de las obras sobre el plazo contratado"; estipulaciones que, en concepto de tales magistrados constituyen cláusulas penales, con lo cual "las partes avaluaron en forma convencional y anticipada los perjuicios que ASIEHF podría sufrir a raíz de la no ejecución cabal de la obra encomendada a LANALHUE y a raíz del retardo en su ejecución.

Siguiendo su razonamiento los magistrados dieron por establecido que la demandada "incumplió el contrato en cuanto a su obligación de efectuar una correcta ejecución de las obras que le fueron encomendadas, razón por la cual debe indemnizar los perjuicios ocasionados", respecto de los que se indica existe prueba que los cuantifican en \$ 55.000.000.

Sobre la base de la comunicación de la demandante a la demandada de fecha 25 de noviembre de 1999, en que se expresa que por su cuenta procedería a terminar las obras con otra empresa y que haría "efectiva en su oportunidad las garantías contractuales", lo que habría realizado al notificar al Banco Santander en donde se tomó la boleta de garantía, los jueces de segunda instancia estimaron que la actora "optó por hacer efectiva la cláusula penal compensatoria", deduciendo que en tales circunstancias la demanda no puede prosperar.

Consecuentemente y analizando lo que fueron los plazos otorgados para finalizar las obras, los magistrados consideraron que "la cláusula penal moratoria debe aplicarse", esto es, por "71 días de atraso", ascendiendo a \$ 4.209.861.

SEXTO: Que teniendo en consideración la regla fundamental de interpretación de los contratos prevista en el artículo 1560 del Código Civil, en orden a que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", que a contrario importa que, al no poder determinarse con claridad dicha intención, corresponde atender los términos del contrato, es que se atenderá a las estipulaciones que se dieron por establecidas por los sentenciadores de la instancia y que han sido reproducidas con anterioridad.

*SÉPTIMO: Que el sistema de nuestro Código Civil distingue claramente entre garantías y cauciones, entre las que existe una relación de género a especie. En efecto, la garantía está dirigida, en general, a otorgar seriedad y generar confianza en las partes respecto de la voluntad del cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, como a prevenir que la posible insolvencia del deudor frustre la eficacia de los efectos de las obligaciones ante el incumplimiento, facilitando el ejercicio de las acciones legales consiguientes, especialmente las correspondiente a la solicitud de cumplimiento forzado por equivalencia, que podrá cumplirse en la garantía, la cual, para tales efectos, se entrega al acreedor o un tercero. Estas particularidades permiten diferenciarle de las cauciones, las que el legislador entiende accesoriamente contraídas para la seguridad de otra obligación propia o ajena (art. 46 del Código Civil).*

*En los mismo términos corresponde entender de manera diversa la boleta de garantía y la cláusula penal, cuyas particularidades no resulta posible confundir, pues la primera no está vinculada necesariamente al cumplimiento de una o varias obligaciones derivadas de una relación contractual, sino que a la íntegra y oportuna ejecución del contrato en su totalidad, pero lo fundamental es que la garantía está destinada a responder de lo que necesariamente se declare a título de indemnización de perjuicios, única forma de legitimar su retención y destinación por parte del acreedor. Por el contrario, la cláusula penal está llamada a responder por el incumplimiento de determinadas obligaciones, ya que como pena, ya, exclusivamente, como evaluación anticipada de perjuicios, conforme a los términos en que fue pactada y la opción del acreedor, en su caso, según lo contempla el artículo 1543 del Código Civil.*

*Esta última distinción fue desconocida por los sentenciadores de la instancia y constituye una errada aplicación de las estipulaciones del contrato y por lo mismo del artículo 1545 del Código Civil. Por lo mismo, al **otorgarle el carácter de cláusula penal a la garantía acordada por las partes, se infringe el artículo 1535 del mismo Código, por contravención formal a su texto.** Lo anterior guarda correspondencia con el hecho que en la demanda deducida por la Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares Talcahuano no se hace mención a las boletas de garantía convenidas por las partes del contrato.*

*OCTAVO: Que estas razones son bastantes para acoger el recurso, puesto que las infracciones legales constituyen errores de derecho que han tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, pues de haber aplicado la ley correctamente se debió confirmar la sentencia de primer grado, que acoge parcialmente la demanda.*

*Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 785 del Código del Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 256, en contra de la sentencia de treinta de agosto de dos mil cuatro, que se lee a fojas 252, en o que ha sido objeto de impugnación y se la reemplaza por la que a continuación, sin previa vista, pero separadamente se dicta.*

*Redacción a cargo del Ministro Sr. Sergio Muñoz G.  
Regístrese. Rol N° 4.470-04.*

**Sentencia (1ª Sala). Pronunciada por los Ministros Sres. Jorge Rodríguez, Sergio Muñoz y Sra. Margarita Herreros y Abogados Integrantes Oscar Herrera y Hernán Álvarez.**

### **Sentencia de reemplazo:**

*Santiago, veintiséis de marzo de dos mil siete.*

*En cumplimiento de lo ordenado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:*

#### **Vistos:**

*Se reproduce la sentencia en alzada, y teniendo además presente:*

*1º. Que del mérito de lo expuesto en los fundamentos segundo a séptimo del fallo de casación, debe tenerse por establecido que la demandada no cumplió fielmente el contrato de ejecución de obra material a que se obligó y la demandante dedujo demanda de indemnización de perjuicios derivada de ese incumplimiento.*

*2º. Que la demandante hizo efectiva la Boleta Bancaria de Garantía otorgada por la demandada para garantizar la devolución del anticipo de la suma de \$ 12.000.000 que en septiembre de 1999 se otorgó por la demandante a Lanalhue Ltda., **no significando ello que la actora optó por hacer efectiva la cláusula penal compensatoria.***

*3º Que, en la liquidación, el secretario tendrá presente e imputará el monto de la boleta bancaria cobrada por la actora, esto es, la suma de \$ 2.661.000.*

*Se confirma la sentencia apelada de treinta y uno de julio de dos mil dos, escrita de fojas 215 a fojas 224 vuelta por la cual se acogió la demanda de indemnización de perjuicios.*

*Redacción a cargo del Ministro Sr. Sergio Muñoz G.  
Regístrese y devuélvase con sus agregados. Rol N° 4.470-04.*

**Sentencia (1ª Sala). Pronunciada por los Ministros Sr. Jorge Rodríguez, Sergio Muñoz y Sra. Margarita Herreros y Abogados Integrantes Oscar Herrera y Hernán Álvarez.**

*Rol N° 4.470.-04. Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares Talcahuano A.G. con Construcciones y Servicios Lanalhue Limitada. Recurso de Casación en el Fondo, Concepción.*

## Comentario

1. El caso que motivó este litigio y el recurso de casación antedicho fue el siguiente: La Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares A.G. de Talcahuano (en adelante: La Asociación Gremial) demandó a Construcciones y Servicios Lanalhue Ltda. (en adelante: Lanalhue) cobrándole indemnización de perjuicios, daño emergente, por incumplimiento de un contrato de ejecución de obra material.

El Juez titular de Talcahuano, con fecha 31 de julio de 2002, acogió la demanda condenando a Lanalhue al pago de \$ 44.752.746 por concepto de daño emergente.

Apelada esta sentencia por la demandada, la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 30 de agosto de 2004, la revocó en la parte en que condenaba al pago del daño emergente, confirmándola en otros capítulos.

Contra este fallo recurrió de casación en el fondo la Asociación Gremial, recurso que fue acogido por la Corte Suprema con fecha 26 de marzo de 2007, la cual, en sentencia de reemplazo, confirmó el fallo del juez de primer grado en cuanto acogió la demanda de indemnización de perjuicios fundada en el daño emergente.

2. La sentencia de alzada, para rechazar la demanda indemnizatoria, se fundamentó en lo siguiente: En septiembre de 1999 la Asociación Gremial efectuó un anticipo a Lanalhue por \$ 12 millones contra boleta bancaria de garantía por \$ 2.661.000, boleta que más adelante fue cobrada por la Asociación. Atendida esta circunstancia, la Corte calificó la boleta como una cláusula penal compensatoria y, por consiguiente, estimó que su cobro había significado que la Asociación Gremial ejerció la opción del art. 1543 del C. Civil, esto es, optó por la pena y ello le ha impedido cobrar la indemnización de perjuicios compensatoria por daño emergente. En mérito de lo cual se rechazó la demanda.

3. El fallo de casación, cuya doctrina se ha transcrito al comienzo, da por infringidos con error de derecho los artículos 1545, 1543 y 1535 del Código Civil, al otorgarle el carácter de cláusula penal a la boleta bancaria de garantía, estableciendo una distinción entre los conceptos de "garantía" y "caución" que, al no haberla reconocido los sentenciadores de alzada, ello condujo al rechazo de la acción indemnizatoria, la cual debió ser acogida.

4. Siendo exacta la diferencia planteada en el fallo de casación, entre los conceptos de garantía y caución, consideramos que en caso de la boleta bancaria de garantía su diferencia con la cláusula penal no radica en esta distinción conceptual, porque ambas son cauciones, sino en otro elemento diferenciador al que nos referimos más adelante.

5. En efecto, la boleta bancaria de garantía consiste en el depósito de dinero u obtención de un crédito que el "tomador" realiza con un banco, el cual asume la obligación de pagar una suma a cierto "beneficiario" al sólo requerimiento de este último, en caso de incumplimiento de la obligación por el tomador o por un tercero. (art. 69 N° 13 de Ley General de Bancos).

6. En la cláusula penal, el deudor, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, se sujeta a una pena para el caso de incumplimiento de aquella (art. 1535 del C. Civil).

7. Ambas son cauciones, porque en ambas se contrae una obligación para seguridad de otra obligación... ajena (art. 46 del C. Civil). Pero especialmente es caución la boleta bancaria, ya que se considera que opera mediante una prenda de dinero constituida por el tomador a favor del beneficiario,<sup>1</sup> y que afirma que se trata de una garantía en que el constituyente es el banco emisor de la boleta.<sup>2</sup>

8. Entonces, si ambas son cauciones en el concepto del art. 46 del C. Civil, es preciso señalar cuál es el elemento diferenciador que las distingue. Tal elemento, básicamente, es el factor accesoriedad, que concurre como característico de la cláusula penal, siempre accesorio a otra obligación principal, mientras que falta en la boleta bancaria de garantía, configurada ésta como una "caución autónoma". De aquí que el banco resulta obligado a favor del beneficiario a su sólo requerimiento, sin que sean procedentes excepciones fundadas en relaciones contractuales posible entre el tomador y el beneficiario o entre el tomador y el banco (inoponibilidad de excepciones).<sup>3</sup>

9. Por lo tanto, como la boleta bancaria de garantía constituye una caución distinta y diferente a la cláusula penal, quiere decir que no es aplicable el art. 1543 del C. Civil, siendo perfectamente compatible pedir el cobro de la referida boleta y pedir el cobro de la indemnización de perjuicios compensatoria, como

<sup>1</sup> M. Somarriva U. *Tratado de las cauciones*, ed. 1945, N° 247, pág. 230, quien cita la opinión del profesor Raúl Varela V.

<sup>2</sup> B. Caprile B. "Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria"; artículo en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 8, pág. 95.

<sup>3</sup> Circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, citadas en artículo de la nota N° 2.

ocurrió en este caso, puesto que la incompatibilidad opera sólo cuando se ha estipulado una pena compensatoria y se pide, además, una indemnización de perjuicios.

10. Naturalmente que, percibido el monto de la boleta, éste deberá imputarse al valor fijado como indemnización, ya que de lo contrario habría un doble cobro y pago, imputación que aquí se ordenó hacer en la sentencia de reemplazo.

# **Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los “jueces delegados”**

COMENTARIO:

**Jaime García Escobar**

Profesor Titular de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Rodrigo Ugalde Prieto**

Profesor Titular de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

En el año 1993 el Servicio de Impuestos Internos optó por delegar la jurisdicción para resolver los reclamos de liquidaciones y descargos (en el caso de denuncios), que el artículo 6° letra B N° 6 del Código Tributario le otorga al Director Regional, en los Abogados Jefes de los Departamentos Jurídicos, naciendo así los denominados “Jueces Delegados” o “Tribunales Tributarios”. Posteriormente, ello se generalizó en el año 1998 en todas las Direcciones Regionales. Dicha medida fue adoptada en base a lo que disponía el artículo 116 del Código Tributario.

Después de una larga discusión respecto de su legalidad y constitucionalidad, resuelta en el fallo de fecha 26 de marzo de 2007, el Excmo. Tribunal Constitucional declaró la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 116 del Código Tributario.

A pesar del tiempo transcurrido, aún el tema no está del todo cerrado, presentándose la siguiente problemática:

¿Qué acontece con la prescripción de la acción de cobro cuando la sentencia del Juez Tributario fue anulada por una Corte de Apelaciones, que implica que el reclamo tributario debe volver a tramitarse? ¿Suspende la prescripción el reclamo interpuesto por el contribuyente ante el Juez Delegado?

Lo anterior, toda vez que el inciso final del artículo 201 del Código Tributario dispone que el plazo de prescripción se suspende durante el período en que el Servicio esté impedido, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 24, de girar la totalidad o parte de los impuestos comprendidos en una

liquidación cuyas partidas o elementos hayan sido objeto de una reclamación tributaria.

Por su parte, el citado inciso 2° del artículo 24 establece que: “Salvo disposición en contrario los impuestos determinados en la forma indicada en el inciso anterior y las multas respectivas se girarán transcurrido el plazo de sesenta días señalado en el inciso 3° del artículo 124. Sin embargo, si el contribuyente hubiere deducido reclamación, los impuestos y multas correspondientes a la parte reclamada de la liquidación se girarán sólo una vez que la Dirección Regional se haya pronunciado sobre el reclamo o deba éste entenderse rechazado de conformidad al artículo 135 o en virtud de otras disposiciones legales ...”.

De esta forma, el tema a dilucidar es si el reclamo que se interpuso ante el Juez Delegado, que carecía de JURISDICCIÓN, tuvo el efecto de suspender la prescripción.

Como la doctrina no es pacífica en esta discusión, presentamos la tesis del Fisco y la de los autores.

### **Tesis del Fisco**

El Fisco sostiene que:<sup>1</sup> con fecha 3 de enero de 2003, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago invalidó *“la resolución de fecha 30 de diciembre de 1998, escrita de fojas 93 a 96”* (la sentencia de primera instancia), y ordenó reponer esta causa *“Al estado que el juez tributario competente dé el debido trámite a la reclamación interpuesta en estos autos, invalidándose consecuentemente todo lo obrado”*.

Dando cumplimiento a lo resuelto, el Sr. Director Regional del Servicio de Impuesto Internos proveyó el reclamo con fecha 7 de octubre de 2004, de la siguiente forma: **“Provee escrito de 30 de mayo de 1997. A lo Principal: Téngase por interpuesto el reclamo en contra de la totalidad de las liquidaciones N°s 115 y 116, de fecha 19 de marzo de 1997, practicadas por el Departamento Regional de Fiscalización, de la Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente del Servicio de Impuestos Internos”**.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Código Tributario, *“toda persona puede reclamar siempre que invoque un interés actual comprometido”*, a

<sup>1</sup> Estas ideas se han extraído del escrito presentado por el Consejo de Defensa del Estado, Ingreso ltma. Corte N° 3084-05. A fin de exponer a cabalidad la posición del ente fiscal, se han reproducido casi textualmente sus argumentos.

su vez, el plazo para reclamar es de 60 días hábiles, contado desde la notificación de la liquidación, giro o resolución o de la fecha de pago.

El reclamo del contribuyente debe ser presentado en tiempo y forma, es decir, dentro del plazo fijado en la norma antes citada y cumplir con los requisitos de forma del artículo 125 del Código Tributario, entre los cuales se incluye el que esa presentación debe contener las peticiones concretas, a objeto determinar la cuestión controvertida y precisar el alcance del efecto de cosa juzgada del fallo que se dicte.

Esa presentación produce diversos efectos, siendo uno de los más importantes la suspensión del giro de los impuestos liquidados y reclamados, y consecuentemente la suspensión de la prescripción, por estar impedido el Fisco de girar esos impuestos reclamados.

En efecto, el artículo 201 inciso final del Código Tributario establece que los plazos de prescripción se suspenden durante el periodo en que el servicio se encuentra **impedido de girar los impuestos** reclamados.

A su vez, el artículo 24 inciso 2° del mismo cuerpo legal indica que los impuestos y las multas se girarán **después** de 60 días desde que se notifica la liquidación al contribuyente. Si reclama, se girarán una vez que el Director Regional se haya pronunciado o sea rechazado de acuerdo con el artículo 135 del cuerpo legal citado.

En este caso, y tal como se lee en la resolución que proveyó el reclamo, se tuvieron por reclamadas “la totalidad de las liquidaciones números 115 y 116...”.

La prescripción extintiva de los impuestos liquidados a don Gonzalo Eguiguren entonces se suspendió en el período que se inició con la notificación de la liquidación y el transcurso de los 60 días que tenía para reclamar. A su vez, como presentó reclamo dentro de plazo legal, la prescripción continuó suspendida hasta la fecha en que se dictó la sentencia.

De esta manera el reclamo del contribuyente produjo, entre otros efectos, dos que se encuentran íntimamente vinculados: suspendió el giro de los impuestos reclamados y además el cómputo del plazo de prescripción, porque el Servicio se encuentra impedido de girar esos impuestos.

En conclusión, del simple análisis de las normas citadas se deduce que la sola presentación de la reclamación tributaria acarrea una serie de consecuencias, entre ellas se suspende el plazo de prescripción en conformidad con lo dispuesto

en el artículo 201 del Código Tributario. No corresponde entonces incorporar requisitos o condiciones que la ley no ha establecido.

En el capítulo 8° de la Circular N° 73 del Servicio de Impuestos Internos del año 2001, denominado "La suspensión de la prescripción de las acciones del Fisco", se expone en el numeral 1°, después de reproducir el inciso final del artículo 201 y artículo 147 del Código Tributario, lo siguiente, a modo de conclusión: **"Pues bien, de acuerdo con estas normas, para que opere la suspensión deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias:**

I) Que el Servicio practique y notifique una liquidación de impuesto.

**II) Que el contribuyente deduzca reclamo en contra de la liquidación, dentro del plazo legal".**

La citada circular no exige, como puede observarse, la necesidad de existir una "resolución que tuviera por válidamente interpuesto el reclamo", para entender que el lapso de tiempo durante el cual se entiende suspendida la prescripción se computaría desde esa supuesta resolución.

Ninguna norma del Código Tributario impone esa condición, ni de la Circular N° 73 citada es posible deducir una conclusión semejante.

Además, se reafirma lo expuesto con la simple lectura del párrafo 8.1.1. del mencionado instrumento, el cual precisa cómo opera o se computa el lapso de la suspensión al señalar: **"De acuerdo con las normas referidas anteriormente, la prescripción se entiende suspendida por el lapso que media entre la válida interposición del reclamo y la notificación de la resolución que pone término al procedimiento resolviendo la cuestión debatida..."**.

La "válida interposición del reclamo" debe entenderse referida a lo expuesto en la misma circular, de modo que ésta se interprete en forma armónica y coherente, por lo tanto debe atenderse a las dos circunstancias o condiciones que deben concurrir copulativamente para que opere la suspensión, especialmente cuando se exige, **"II) Que el contribuyente deduzca reclamo en contra de la liquidación, dentro del plazo legal"**. De esta forma si no se deduce reclamo, o se presenta fuera del término de 60 días, se entenderá que no ha operado la suspensión. La validez del reclamo, en cuanto acto del contribuyente, apunta a las condiciones que debe reunir para que producir efectos, y no a la época en que esos efectos comienzan a materializarse, situación que no está en duda.

Se observa que ni la ley ni la circular establecen como requisito o condición para iniciar el cómputo del lapso de suspensión la existencia de **una resolución que se pronuncie sobre la interposición del reclamo.**

Si la ley o el propio Servicio de Impuestos Internos lo hubiesen entendido así, lo hubiesen expresado, tal como se hace en la misma circular al precisar que el lapso de suspensión termina con **“la notificación de la resolución que pone término al procedimiento”**.

En concreto, el lapso de suspensión de la prescripción extintiva principia en la fecha en que el contribuyente deduce el reclamo dentro del plazo legal que disponía para hacerlo.

Al resolverse así también es coherente con la propia institución de la suspensión de la prescripción, que en este caso específico se establece en favor del Fisco, por cuanto está impedido de girar los impuestos dentro de los 60 días que tiene para reclamar y mientras no se resuelva el reclamo que se interpuso dentro de ese lapso. El equilibrio de este derecho del Fisco en relación con la prerrogativa del contribuyente de reclamar una liquidación es indispensable, y se rompería de aceptar que, como plantea el contribuyente, el Fisco estaría impedido de girar y no operaría la suspensión de la prescripción sino hasta la resolución que provea el reclamo.

Se hace presente que en esa misma circular se regula y precisa el lapso de suspensión en la acción de cobro del Fisco en los casos que autoriza la Ley 18.320, es decir, si a un contribuyente se le practica una revisión en conformidad con esa norma legal, y se emite una liquidación o giro, ésta puede ser reclamada, y durante ese lapso los giros que se emitan quedan suspendidos hasta resolverse el reclamo.

Dicha suspensión se regula en la siguiente forma: “Lapso de suspensión. De conformidad con la norma mencionada anteriormente, la prescripción de la acción de cobro del Fisco se debe entender suspendida por el lapso que media entre la fecha de la presentación de la reclamación y la fecha en que la sentencia que resuelve el reclamo deducido por el contribuyente quede ejecutoriada”. Con lo expuesto en la misma circular, se reafirma entonces el criterio que la suspensión de la prescripción se inicia con la presentación del reclamo y no con la resolución que lo provee.

En conclusión, no es efectivo que **“no basta la mera interposición del reclamo. Por el contrario, se requiere una resolución del tribunal que lo tenga por válidamente interpuesto”**, sino que la suspensión de la prescripción se verifica a contar de la presentación del reclamo.

En cuanto a la resolución de la ltma. Corte de Apelaciones, que anuló todo lo obrado ante el denominado Juez Tributario, en ella se indicó con precisión el acto o resolución a partir del cual quedan nulos todos los actos tramitados ante

el citado Juez, al disponer que: **“...se repone la causa al estado que el juez tributario competente dé el debido trámite a la reclamación interpuesta en estos autos, invalidándose consecuentemente todo lo obrado”**. Esa decisión es coherente con el contenido de toda resolución que declara una nulidad procesal, en la que debe incorporarse una declaración del tribunal en el sentido de establecer con precisión cuáles actos quedan nulos en razón de su conexión con lo invalidado.

En esta caso en particular, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago solo anuló las actuaciones del señor Juez Tributario, pero no invalidó el reclamo propiamente tal, de forma que éste subsiste con todos los efectos que le son propios, y evidentemente suspendiéndose el giro de los impuestos materia del reclamo y el cómputo del plazo de prescripción.

A su vez la resolución del tribunal tributario dispuso lo siguiente: **“Provee escrito de 30 de mayo de 1997. A lo Principal: Téngase por interpuesto el reclamo en contra de la totalidad de las liquidaciones N°s 115 y 116, de fecha 19 de marzo de 1997, practicadas por el Departamento Regional de Fiscalización, de la Dirección Regional Metropolitana Santiago oriente del Servicio de Impuestos Internos”**. Coherente con lo expuesto anteriormente, se dejó constancia de la fecha en que se interpuso el reclamo, clara evidencia de la fecha a contar de la cual se entiende suspendida la prescripción.

### **Tesis de los autores**

Al igual que lo estimado por el ente fiscal, estamos de acuerdo en que la notificación de una liquidación produce los siguientes efectos en lo relativo a la prescripción:

a. Según lo dispuesto en el N° 2 del inciso segundo del artículo 201 del Código Tributario, interrumpe la prescripción de la acción de cobro, siempre y cuando aquella sea notificada dentro del plazo de 3 años o, en su caso, dentro del plazo de 6 años, ambos previstos en el artículo 200 del Código Tributario.

b. Conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 201 del Código Tributario, notificada la liquidación, empieza a correr un nuevo plazo de prescripción: **“que será de tres años, el cual sólo se interrumpirá por el reconocimiento u obligación escrita o por requerimiento judicial”**.

Señala el inciso final del artículo 201 del Código Tributario que dicho nuevo plazo de prescripción de tres años se SUSPENDE: **“durante el período en que el Servicio esté impedido, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 24, de girar la totalidad o parte de los impuestos comprendidos en una**

liquidación cuyas partidas o elementos hayan sido objeto de una reclamación tributaria”.

A su turno, el inciso 2° del artículo 24 del Código del ramo, al cual se remite la norma precitada, dispone:

“Salvo disposición en contrario los impuestos determinados en la forma indicada en el inciso anterior y las multas respectivas se girarán transcurrido el plazo de sesenta días señalado en el inciso 3° del artículo 124. Sin embargo, si el contribuyente hubiere deducido reclamación, los impuestos y multas correspondientes a la parte reclamada de la liquidación se girarán sólo una vez que la Dirección Regional se haya pronunciado sobre el reclamo o deba éste entenderse rechazado de conformidad al artículo 135 o en virtud de otras disposiciones legales”.

El punto a dilucidar es cómo debe interpretarse la frase “si el contribuyente hubiere deducido reclamación” que se contiene en dicha norma precitada.

La interpretación que la propia DIRECCION NACIONAL del SERVICIO de IMPUESTOS INTERNOS le ha dado a dicha norma consiste en que el nuevo plazo de prescripción de 3 años que comenzó a correr con la notificación administrativa de una liquidación se suspende:

**“por el lapso que media entre la válida interposición del reclamo y la notificación de la resolución que pone término al procedimiento resolviendo la cuestión debatida, o hasta el momento en que deba tenerse por rechazado de conformidad con la regla contenida en el artículo 135 del Código”** (Punto 8.1.1. de la Circular 73, de 2001).

A nuestro juicio la “válida interposición del reclamo” solo puede darse por establecida una vez que se dicta por el DIRECTOR REGIONAL del Servicio de Impuestos Internos la resolución que tiene por interpuesto el reclamo, ya que antes de dicha resolución el reclamo presentado puede ser declarado **extemporáneo** (por haber sido presentado fuera de los plazos señalados por la ley) o **inadmisible** (por no cumplir con los requisitos legales) o ser tenido por **no presentado** (por no estar firmado) o puede haber sido tramitado por una autoridad administrativa carente de jurisdicción cuyas resoluciones sean nulas, como ocurrió aquí.

Por lo tanto: Si solamente la válida interposición del reclamo suspende el nuevo plazo de prescripción de 3 años que comenzó a correr con la notificación de la liquidación, aquí la prescripción no se suspende, atendido que transcurrido dicho plazo aún no se han dictado las resoluciones por el Juez señalado por la ley que determinaren la VÁLIDA INTERPOSICION del reclamo.

Estimamos que para que se suspenda el nuevo plazo de prescripción de 3 años **NO BASTA la mera interposición del reclamo.**

Por el contrario, se requiere de una resolución del Tribunal señalado por la LEY (el DIRECTOR REGIONAL del Servicio de Impuestos Internos ) que lo tenga por VÁLIDAMENTE INTERPUESTO, como se desprende del punto 8.1.1. de la Circular 73, de 2001, emanada de la misma Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos.

Dicho de otro modo: La propia contraparte reconoce que no basta la mera interposición del reclamo para que se suspenda la prescripción, sino que se requiere la VÁLIDA interposición del mismo, circunstancia que solamente se puede dar por establecida cuando el JUEZ designado por la LEY lo tiene por interpuesto.

Cabe hacer presente que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, cuando resuelven los reclamos tributarios, ejercen jurisdicción. Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional en sentencia de 6 de septiembre de 2007, autos ingreso Excmo. Tribunal N° 616-2006. En el considerando vigésimo del citado fallo, se señala:

*“Que, en efecto, esta Magistratura ha indicado que “en el ámbito de la competencia absoluta el legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos”, agregando que dicha atribución “en forma privativa, la ha otorgado le ley a dicha autoridad a través del artículo 115 del mismo cuerpo legal” (Rol N° 681/2006). De este modo, “los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos –cuya función principal es administrativa–, al conocer y resolver, en primera o única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, son tribunales que actúan en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado...”.*

En el mismo sentido, lo establece el considerando vigésimo tercero del mismo fallo, en el que se manifiesta:

*“Que, como consecuencia de lo anterior, esta Magistratura ha afirmado reiteradamente, en los diversos pronunciamientos de inaplicabilidad –que se singularizan en el considerando décimo noveno– y en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos –cuya función principal es administrativa–, al conocer y resolver, en primera o única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de*

las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, son tribunales que actúan en el ejercicio de la jurisdicción que la ley las ha confiado...”.

Ahora bien, clarificado que el Director Regional ejerce funciones jurisdiccionales, cabe preguntarse ¿Por qué transcurren largos plazos desde que se presenta un reclamo tributario hasta que esté proveído válidamente, esto es, por el Director Regional correspondiente?

La respuesta es muy clara: Por cuanto desde el año 1993 hasta el año 2006 el Servicio de Impuestos Internos obligó a los contribuyentes a litigar ante **una persona que CARECÍA de JURISDICCIÓN**. Ello fue declarado así, en múltiples fallos dictados por las Iltmas. Cortes de Apelaciones de este país, en que se declaraba la nulidad de todo lo obrado en esos expedientes por el JUEZ TRIBUTARIO DELEGADO.

Por lo tanto, cuando se declaró NULO todo lo obrado en alguno de dichos procesos (a los cuales les faltaba uno de los elementos esenciales del proceso, de la relación procesal, esto es, el JUEZ designado por la ley) NO PUEDE ENTENDERSE que las RESOLUCIONES que proveyeron originalmente los reclamos (AL MARGEN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA “VALIDA INTERPOSICION DEL RECLAMO”) hayan producido el efecto de suspender la prescripción, puesto que ellas –como todo lo obrado– fueron declaradas NULAS. Debemos insistir en que, sin entrar a la discusión consistente en que para que la interposición de un reclamo sea VÁLIDA, se requiere de una providencia del Director Regional, ES EVIDENTE QUE EN ESTOS PROCESOS FALTÓ UN PRESUPUESTO DEL MISMO: UN JUEZ DESIGNADO POR LA LEY, ESTO ES, EJERCIENDO JURISDICCIÓN.

Por ello es que, para que se hubiera producido el efecto de suspenderse la prescripción se requeriría, a lo menos, que un JUEZ INCOMPETENTE hubiere dictado la resolución que tenía por válidamente interpuesto el reclamo. Aquí ello no ocurre, por cuanto las resoluciones que originalmente tuvieron por interpuestos los reclamos de la sociedad y de sus socios se dictaron por una PERSONA que carecía de JURISDICCIÓN, así lo declararon las Iltmas. Cortes de Apelaciones, cuando anulaban las sentencias dictadas por los JUECES DELEGADOS.

En aquellas sentencias SIEMPRE se INVALIDÓ TODO LO OBRADO, incluidas las resoluciones que originalmente proveyeron los respectivos reclamos, de modo que las resoluciones pronunciadas por un sentenciador que carecía de jurisdicción no pueden ser consideradas para los efectos de suspender la prescripción que había comenzado a correr con la notificación de las liquidaciones.

La interpretación que hace el Consejo de Defensa del Estado de las normas en comento, es una interpretación apegada al tenor literal de la norma, pero olvidaba que, para analizar el tema de la SUSPENSIÓN de la PRESCRIPCIÓN cuando se ha anulado un juicio por haber sido tramitado por autoridades administrativas que carecen de jurisdicción, no basta con el análisis de las solas normas del Código Tributario. Ello sería un análisis parcial y, por lo tanto, equivocado, por cuanto olvidaría las demás normas que se deben aplicar para resolver la situación creada por la sentencia que declaró NULO todo lo obrado ante el JUEZ DELEGADO, esto es, las normas del DERECHO COMÚN que, de acuerdo con el artículo 2° del referido Código, deben aplicarse en lo no previsto por el Código Tributario.

Dichas normas deben aplicarse, por cuanto el CÓDIGO TRIBUTARIO NO tiene normas que REGULEN los EFECTOS de los DEFECTOS en la CONSTITUCIÓN de una RELACIÓN PROCESAL.

Por lo tanto, para determinar qué ocurre cuando un juicio es declarado NULO por haber sido TRAMITADO y RESUELTO por una persona que NO es JUEZ, **hay que estudiar las normas del DERECHO COMÚN**, que resuelven dicho tema.

Específicamente, hay que analizar las normas relativas a los PRESUPUESTOS PROCESALES que resultan del artículo 76 de la Constitución Política y del artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, según los cuales la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece EXCLUSIVAMENTE a los tribunales que establece la ley.

A este efecto hay que tener presente que : “ El proceso es una relación jurídico-procesal, en que participan las partes y el juez. La jurisdicción es la función pública de un órgano del Estado, a cargo de funcionarios que se denominan jueces”.<sup>2</sup>

O sea, sin temor a equivocarnos, podemos llegar a una capital conclusión: Sin JUEZ no hay proceso.

La pregunta es, entonces: ¿La falta de este presupuesto procesal afecta –o no– al reclamo en sí mismo?

La falta de este presupuesto evidentemente que afecta al reclamo, pues, como lo indica GIUSEPPE CHIOVENDA:<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Quezada Meléndez, José, *La Jurisdicción*, Ediar Editores Ltda., Santiago de Chile, p. 74.

<sup>3</sup> Chioventa Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, p. 38

“el defecto jurídico que vicia una relación procesal hasta el punto de hacerla nula o anulable, no impide la existencia actual de esa relación, **con tal que existan un órgano jurisdiccional** y una demanda a él dirigida, aunque ella misma sea nula”.

O sea: Si no existe ÓRGANO JURISDICCIONAL –como ocurrió aquí– **no hay relación procesal y, por lo mismo, el reclamo no produce ningún efecto.**

Si no produce NINGÚN EFECTO: No puede suspender la prescripción.

Confirma lo que se expone la siguiente cita del mismo CHIOVENDA:<sup>4</sup>

“Cierto que los presupuestos procesales están, en un cierto sentido, fuera de la demanda, en cuanto que ésta tiene su propia objetividad, sus requisitos propios que la hacen idónea como demanda, y, por consiguiente, podrá tener sus propios defectos; pero puesto que la demanda es en potencia toda la relación procesal, y no tiene importancia sino como fuente de ésta, a la que está indisolublemente unida, el defecto de los presupuestos afecta también a la demanda, pues es claro que **allí donde la relación procesal no puede constituirse por defecto de una condición, la demanda no puede darle vida**”.

O sea: Es evidente que la mera interposición del respectivo reclamo NO suspende la prescripción, por cuanto la inexistencia del ÓRGANO JURISDICCIONAL **vicia la relación procesal.**

Como bien señala don Giuseppe Chiovenda:<sup>5</sup> “Para la existencia de una relación procesal se requieren una demanda y un órgano jurisdiccional, al que va dirigida. Si la demanda es dirigida a un particular o a un órgano administrativo privado de una jurisdicción cualquiera, o a un órgano jurisdiccional, pero que no tenga poder de decisión (**juez delegado**, secretario, aspirante de la carrera judicial), la relación no existe...”. (el destacado es nuestro). Pareciera que el citado autor escribió este pasaje teniendo en cuenta nuestra problemática: **Si la acción se ejerce ante un juez delegado, la RELACION PROCESAL NO EXISTE.**

Tomemos el ejemplo que nos entrega el tratadista, y supongamos que ejercemos la acción ante un secretario de un tribunal. Esa demanda que se ha interpuesto ante el secretario del tribunal ¿interrumpe la prescripción a la luz de las normas civiles? Obviamente, la negativa resulta ser absolutamente categórica: **NO SE INTERRUMPE** la prescripción, pues falta un presupuesto de la relación

<sup>4</sup> Chiovenda Giuseppe, ob. cit., p. 39.

<sup>5</sup> Chiovenda Giuseppe, ob. cit., p. 39.

procesal, esto es, EL JUEZ designado por la ley. En la cuestión tributaria ocurre exactamente lo mismo, la prescripción no se puede suspender, toda vez que no existió proceso, ya que no lo hay si no tenemos un JUEZ.

Ahora bien, el único responsable de que aún se estén discutiendo en sede jurisdiccional la procedencia de liquidaciones de impuestos de hace 10, 15 o 20 o más años, incrementándose mes a mes su monto con reajustes e intereses, es el propio Servicio de Impuestos Internos, ya que dicho organismo creó por vía administrativa este INCONSTITUCIONAL SISTEMA DE JUECES TRIBUTARIOS DELEGADOS, sin que los reclamantes tuvieran posibilidad alguna de oponerse a ello ni de presentar su reclamo ante otra autoridad.

De este modo, la demora no ha sido causada por la conducta procesal de los reclamantes, sino que solo por el mismo órgano estatal que notificó las liquidaciones.

No podemos terminar este artículo sin hacer presente que en la mayoría de estos casos se está infringiendo lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, ello toda vez que dicha disposición señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y **dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, **fiscal** o de cualquier otro carácter”.

Cabe preguntarse, ¿un asunto tributario que lleva tramitándose 10, 15 o 20 o más años, cumple con esta norma, en cuanto a que toda persona debe ser oída DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE? Pareciera ser que no resulta razonable que un contribuyente debe estar litigando tantos años ante el Servicio de Impuestos Internos y los Tribunales Superiores de Justicia, máxime si ello es de responsabilidad del Servicio de Impuestos Internos.

Así lo reconoció la I. Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 4 de mayo de 2006, pronunciada en autos Rol 3.619-2001, seguidos en contra de doña María Muñoz Betancourt, en el que refiriéndose a un proceso tributario que tomaba cerca de **veinte años** en ser resuelto, aplicó las normas del Pacto de San José de Costa Rica y señaló en su considerando 10º:

“Que, en consecuencia, de acuerdo con la señalada normativa, estima esta Corte que en el presente caso no es procedente ratificar, por la vía de confir-

marla, una sentencia expedida en un procedimiento tan claramente violatoria del aludido precepto, y tan alejado de un recto y debido proceso, por lo que se estima que se debe revocar el fallo apelado, haciendo lugar, por todo lo expresado, a la alegación de prescripción de las acciones, en los términos ya señalados”.

Si bien es cierto la Excma. Corte Suprema invalidó la sentencia de primera instancia que había sido revocada por la I. Corte de Apelaciones en el fallo de 4 de mayo de 2006, reponiendo la causa al estado de que el Director Regional provea la reclamación interpuesta, no es menos cierto que la doctrina jurisprudencial que emana de la sentencia precitada no pierde su valor.

## **Conclusión**

1. Por todo lo antes señalado, estimamos que para que se suspenda la prescripción se requiere de una válida interposición del reclamo tributario, esto es, aquel proveído por el juez establecido por la ley, esto es, el Director Regional. Por lo tanto, no existiendo éste, la prescripción de la acción de cobro no se ha suspendido.

2. Sin perjuicio de lo anterior, en las reclamaciones tributarias tramitadas ante los JUECES DELEGADOS, quienes carecían de jurisdicción, no se puede pretender que la prescripción se haya suspendido, toda vez que faltó uno de los presupuestos de la relación procesal, esto es, el JUEZ DESIGNADO POR LA LEY, sin el cual, NO HAY PROCESO, por lo que malamente el reclamo tributario interpuesto pudo suspender la prescripción; y

3. En la gran mayoría de estos casos, atendido el tiempo que ha durado la tramitación del reclamo tributario, se infringe lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que dicha disposición asegura a las personas el derecho a ser oídas dentro de un plazo razonable, cuestión que en muchos de estos casos no ha ocurrido.



# **Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa**

COMENTARIO:

**Hugo Fábrega Vega**

Departamento de Derecho de la Empresa

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## **I. Sentencia definitiva de segunda instancia; Rol N°39-2009-laboral; I. Corte de Apelaciones de Chillán**

*Chillán, seis de mayo de dos mil nueve.*

**VISTOS:**

*Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos 8°, 11° y 12°, que se eliminan;*

**Y TENIENDO EN SU LUGAR PRESENTE:**

*1°. Que, el artículo 45 del Código del Trabajo establece que “el trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a remuneración en dinero por los días domingos y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo periodo de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o trato, pero, en este caso, el promedio se calculará solo en relación a la parte variable de sus remuneraciones”.*

2°. Que, la Dirección del Trabajo mediante Dictamen N°3262/066, de 5 de agosto de 2008, ha precisado los estipendios que deben conformar la base de cálculo del beneficio de semana corrida, tras la modificación al artículo 45 de la Ley N° 20.281, señalando que los trabajadores remunerados exclusivamente por día tienen derecho a percibir por los días domingos y festivos o por los días de descanso compensatorio, según el caso, una remuneración equivalente al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago y, que la modificación de la Ley 20.281 permite considerar ahora a trabajadores que tengan un sistema remuneracional mixto, integrado por sueldo mensual y remuneraciones variables.

3°. Que, el Dictamen anterior señala que las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida, deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Que sea devengada **diariamente**, esto es, aquella que el trabajador incorpora a su patrimonio día a día, en función del trabajo diario; aquella que el trabajador tiene derecho a impetrar por cada día trabajado. De lo antes expuesto se determina que no deben considerarse para establecer la base de cálculo de la semana corrida aquellas remuneraciones que aun cuando revisten la condición de variables, no se devengan diariamente en los términos antes expresados.

b) Que sea principal y ordinaria, esto es, aquellas que subsisten por sí mismas, independientes de otra remuneración.

4°. Que, de acuerdo a lo anterior, las remuneraciones variables pueden dar lugar a la semana corrida o no, según concurra en ellas su carácter diario, ya que este beneficio nunca ha considerado las remuneraciones que exceden el carácter diario, sin perjuicio que con la última modificación legal este derecho se extendió a trabajadores remunerados con un sueldo mensual y remuneraciones variables diarias, pero solo en cuanto a estas últimas.

5°. Que, la materia a dilucidar es si la remuneración variable de los agentes previsionales, esto es, el incentivo mensual y bono mensual de permanencia, tienen el carácter de remuneración diaria o no y, a este respecto, debe tenerse presente que tanto la Dirección del Trabajo, como la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, han concluido que debido a la complejidad de las actuaciones que desarrollan los agentes de ventas de las A.F.P., ellas no se agotan en un solo acto, sino que suponen una multiplicidad de trámites cuya culminación determina el perfeccionamiento de dichas operaciones y, por ende, el momento en que el trabajador devenga la respectiva comisión (Dictamen N°618/050, de 10 de febrero de 1993).

Por su parte la Excm. Corte Suprema, en sentencia de 20 de junio de 2001, causa rol 9913/00, caratulada "Sindicato Nacional de Trabajadores N°2 con A.F.P. Habitat

S.A.", ha señalado que "considerando especialmente las características de las labores desarrolladas por los actores, esto es, captación y atención de clientes, requiriendo los antecedentes necesarios, suscripción de los documentos pertinentes y concretización de la afiliación a traspaso, conducen a sostener que, en este caso, la remuneración de las trabajadoras de que se trata no se genera día a día, no nace como consecuencia del trabajo que a diario realicen, sino que, si bien se trata de una labor prolongada en el tiempo, no necesariamente se concreta en el día, factor al que ha de estarse para establecer si el trabajo es o no remunerado por día, es decir, si la remuneración se devenga en tal lapso".

6°. Que, por lo señalado precedentemente y estimándose que la labor de los agentes de venta previsionales se desarrolla a través de actos sucesivos en el tiempo, no puede estimarse que su remuneración tenga el carácter de diaria, que hace procedente el beneficio de la semana corrida.

7°. Que, en consecuencia, no teniendo el carácter de diario la remuneración variable que cancela la reclamante, no resulta procedente el beneficio de la semana corrida, ya que ella es requisito de ésta.

8°. Que, a mayor abundamiento, encontrándose el actuar del reclamante ajustado a lo sostenido por la Dirección del Trabajo en su Dictamen N°3262/066, de 5 de agosto de 2008, la infracción cursada por la Inspección del Trabajo de Ñuble el 20 de octubre de 2008 carece de fundamentos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 45, 463, 465, 468 y 473 del Código del Trabajo, **se revoca** la sentencia apelada de dieciséis de marzo último, escrita de fojas 71 a 74, que rechaza la reclamación de fojas 1, sin costas y, en su lugar, se declara que **se acoge** dicha reclamación y se deja sin efecto la multa aplicada a la A.F.P. Capital, de 41 U.T.M., por resolución de la Inspección Provincial del Trabajo de Ñuble N° 3714/08/113, sin costas.

Restitúyase la consignación que da cuenta el documento de fojas 41, en su oportunidad.

Regístrese y devuélvase con sus documentos.

Redacción del Ministro señor Arcos.

## II. Comentario

Una dinámica referencia jurisprudencial en materia laboral esta vez nos motiva a comentar este fallo de la I. Corte de Apelaciones de Chillán que, en lo medular, resuelve acerca de los alcances de la llamada “ley sobre semana corrida”, amén de pronunciarse acerca de la pertinencia de la doble instancia en los juicios del trabajo por reclamación de multa administrativa cursada por la Inspección del Trabajo, o sea, un fallo cuya relevancia es óptima dada la zigzagueante y poco clara opinión que han tenido los Tribunales de Justicia sobre ambas interrogantes.

A modo de antecedente vinculado al proceso, este fallo se pronuncia acerca de una multa administrativa cursada, específicamente, por no haber pagado el beneficio de semana corrida a tres trabajadores de la parte recurrente a contar del mes donde el empleador ajustó las remuneraciones conforme al mandato legal antes establecido en la Ley N° 20.281, lo que llevó a la Inspección del Trabajo a “constatar” la violación del inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo, puesto que al nivelar el sueldo base con el ingreso mínimo de los trabajadores de la compañía recurrente, ésta habría infringido las normas relativas al pago del séptimo día o “semana corrida”, ya que, en concepto de la Inspección del Trabajo reclamada, la conversión en sueldo base de una parte de las remuneraciones variables de los trabajadores supuestamente perjudicados, habría traído como consecuencia la obligación de la empresa de pagar la semana corrida calculada sobre la parte variable de su remuneración, lo que se tradujo en el pago de 41 U.T.M. por la infracción a la Ley N° 20.281 en relación a los artículos 45 y 477 del Código del Trabajo.

Al respecto, cabe recordar que la confusa interpretación que se ha dado, con posterioridad a su dictación, a la Ley N° 20.281 no ha estado exenta de problemas de aplicación práctica, ya que si bien la Dirección del Trabajo tomó sobre sí la labor interpretativa, siempre se esperó la opinión que a su turno tuvieran los Tribunales del Poder Judicial sobre el particular. De más está decir que dada la complejidad y extensión comprensiva de la materia resuelta, dicha interpretación resultaría fundamental para situar la realidad normativa en la práctica de un supuesto beneficio que debería ser reasignado o cubierto obligatoriamente por el empleador. Bajo esa perspectiva, las normas legales que gobiernan la interpretación de los aspectos vinculados a la semana corrida deben estarse a la representación clara de un beneficio legal respecto a: 1) trabajadores con remuneración fija y variable, de carácter **diario**, y 2) trabajadores con remuneración fija y variable, de carácter **mensual**, donde en este caso el trabajador tendrá derecho a semana corrida sólo respecto a la parte variable de sus remuneraciones. Lo anterior daría paso a concluir forzosamente que, la modificación legal a través de la Ley N° 20.281, y la historia de la ley

referente a este beneficio (sin perjuicio de la opinión vinculante de la propia Dirección del Trabajo), se establece que, dichas remuneraciones carecen del carácter diario que haría procedente el pago del beneficio legal de la semana corrida, puesto que los trabajadores adscritos a un régimen como el que se señala en el fallo no incorporan diariamente a su patrimonio la parte relativa al carácter variable de su remuneración día a día, sino que, por el contrario, esta es fruto de un complejo proceso que se prolonga en el tiempo, más aún, si no se ha desfigurado la continua opinión que la Corte Suprema o la misma Dirección del Trabajo que han tenido al respecto.<sup>1</sup>

Cabe precisar que el inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo fue modificado por la Ley N° 20.281, quedando su texto actualmente en la siguiente forma: *“El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado con sueldo mensual y remuneraciones variables,*

<sup>1</sup> Resolviendo sobre un Recurso de Casación en el Fondo, la E. Corte Suprema ha dicho al respecto: *“en seguida, en el contexto de los hechos fijados y considerando especialmente las características de las labores desarrolladas por los actores, esto es, captación y atención de clientes, requiriendo de los antecedentes necesarios suscripción de los documentos pertinentes y concretización de la afiliación y traspaso, conducen a sostener que, en este caso, la remuneración de los trabajadores de que se trata no se genera día a día, no nace como consecuencia del trabajo que a diario realicen, sino que, si bien se trata de una labor prolongada en el tiempo, no necesariamente se concreta en el día, factor a que ha de estarse para establecer si el trabajo es o no remunerado por día, es decir, si la remuneración se devenga en tal lapso. Tal conclusión se ve corroborada por el hecho de que, no obstante encontrarse impedidos de realizar actividad en día domingo o festivos, por estarles vedados prestar servicios en tales días, ello no importa cercenarles su derecho al descanso, ya que, como se dijo, su labor se desarrolla mediante la ejecución de actos sucesivos, los que ni indispensable ni certeramente se concluyen en un solo día. Decimosexto: que en estas condiciones, sólo puede concluirse que los demandantes no tienen ni han tenido derecho al beneficio estatuido por el mencionado artículo 45 de nuestro Código del Ramo ya que al resolverse en tal sentido en la sentencia impugnada no se ha incurrido en los errores de derecho denunciados por los recurrentes a fojas 918 y 929”* (Ingreso N° 9913-2000); asimismo, la propia Dirección del Trabajo ha dicho sobre el particular: *“Si bien la obligación de afiliarse o traspasar de Administradora de Fondos de Pensiones es una obligación pura y simple, no es menos cierto que ella no se cumple con la ejecución de un solo acto, sino que supone una multiplicidad de trámites cuya culminación determina el perfeccionamiento de dichas operaciones y, por ende, el momento en que el trabajador devenga la respectiva comisión. En tal sentido se ajusta a derecho el sistema de pago de comisiones por afiliación y traspaso entre A.F.P. Santa María y sus agentes de ventas en cuanto la comisión por traspaso se paga al cumplirse con las exigencias establecidas por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y, en el caso de la comisión por afiliación que se paga incluso antes del cumplimiento de todos los requisitos establecidos por dicha Institución Fiscalizadora”* (Dictamen según Oficio Ordinario N° 618/050, de 10 de febrero de 1993); y también: *“El derecho de los ejecutivos de venta de una Administradora de Fondos de Pensiones a percibir las comisiones por concepto de afiliaciones y traspasos de trabajadores dependientes e independientes, se devenga en el momento que se cumpla con los procedimientos establecidos al efecto en la Circular N° 271, completada por la Circular N° 527 y en la circular N° 466, de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, según corresponda, por lo que se reconsidera el dictamen N° 3993/0148, de 26.05.1987 y toda otra doctrina incompatible con la formulada en el presente oficio”* (Dictamen según Oficio Ordinario N° 311/021, de 19 de enero de 1993).

*tales como comisiones o tratos, pero en este caso el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones”,* estableciendo que el beneficio legal de la semana corrida opera respecto de los trabajadores remunerados en la siguiente forma: a) con remuneraciones fijas y variables, de carácter exclusivamente diario, y b) con sueldo mensual y remuneraciones variables de carácter diario, tales como tratos o comisiones, pero sólo respecto de la parte variable de sus remuneraciones. Ello, en conformidad a la modificación introducida al precepto por la Ley N° 20.281, y a los dictámenes de la Dirección del Trabajo que precisan el alcance o carácter diario de las remuneraciones variables.<sup>2</sup> En la especie, toma relevancia la situación de los Agentes de Ventas de la Compañía recurrente, toda vez que no estarían afectos al régimen de semana corrida, pues si bien están remunerados con sueldo mensual, ésto no corresponde propiamente a la ejecución de una jornada ordinaria de trabajo conforme lo requiere actualmente la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, pues en términos del mismo precepto estos trabajadores no están sujetos a jornada.

Lo anterior permite visualizar la importancia de este fallo, por el hecho de homologar la interpretación correcta que ha de tenerse de este tipo de beneficios, puesto que las remuneraciones variables que los trabajadores aludidos por la Inspección del Trabajo perciben **carecen** del carácter diario que da lugar a la semana corrida, conforme lo reconoce el propio fallo; o sea, indica que las remuneraciones variables de este tipo de trabajadores **“implican actuaciones complejas que no se agotan en un solo acto”**, sino que comprenden múltiples actos cuyo término determina el perfeccionamiento de la operación y el momento en que se devenga la comisión, concluyendo que debido a lo anterior no tienen el carácter diario, por lo que no tienen derecho al beneficio denominado “semana corrida”, dejando sin efecto multa aplicada por la Dirección del Trabajo.

Junto a lo tratado anteriormente respecto a la aplicación de la llamada “semana corrida”, el fallo tiene otro aspecto interesante, por cuanto se trata de una sentencia dictada en un recurso de apelación en un reclamo judicial de multa, algo que normalmente los jueces laborales han sido reacios a conceder y, por lo tanto, no ha servido para consolidar opiniones al respecto, lo que dificulta tener una opinión sobre el tema. La fortaleza del fallo radica justamente en

<sup>2</sup> Al respecto, ver dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3262/066, de 5 de agosto de 2008.

<sup>3</sup> En efecto, conociendo sobre un Recurso de Casación en el Fondo, la E. Corte Suprema también ha dicho al respecto: *“CUARTO: Que, en consecuencia, para despejar el debate jurídico corresponde determinar la procedencia o improcedencia del recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de primera instancia que resuelve una reclamación contra una resolución que inflige multas administrativas, por presuntos incumplimientos laborales o de seguridad social. QUINTO: Que al respecto conviene dejar en claro que las disposiciones relativas a los procedimientos de reclamo por sanciones por inobservancias a las leyes y reglamentos vigentes, que se apliquen administrativamente, están reguladas en los artículos*

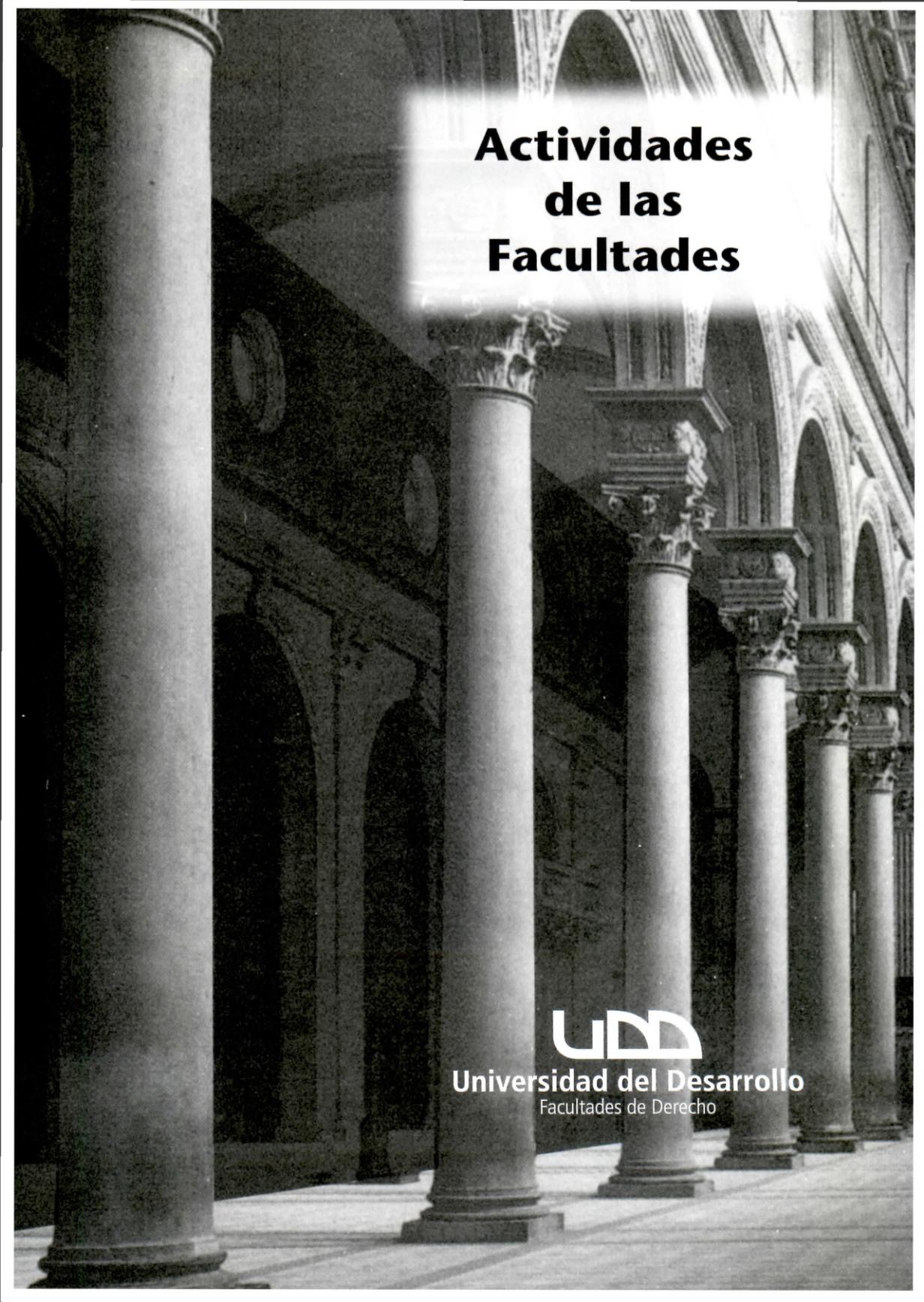
eso, puesto que la propia Corte Suprema ya se ha pronunciado positivamente respecto a esta materia,<sup>3</sup> lo que debería constituir la base procesal que otorgue la certeza bajo la cual deberían pronunciarse los jueces de la instancia al proyectar la extensión de esta competencia a asuntos tan importantes como este.

Por estas razones no podemos sino celebrar con confianza la claridad de fallos como este que ciertamente dan fisonomía a la ya clásica concepción dinámica del derecho laboral.

---

474 y 475 del Código del Trabajo, sin que en ellas se considere expresamente la procedencia del recurso de apelación, aunque tampoco aparece su denegación explícita. SEXTO: Que, por lo tanto, corresponde hacer regir el artículo 426 del Código citado, en cuanto gobierna la aplicación supletoria de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a falta de regla expresa establecida en este texto laboral o en leyes especiales, como acontece con esta controversia, toda vez que, como se anotó, el procedimiento sobre reclamación contra resoluciones que infligen multas no se refiere a la procedencia de recursos, sin embargo, prescribe, en el inciso cuarto "Una vez ejecutoriada la resolución que aplique la multa administrativa, tendrá mérito ejecutivo, persiguiéndose su cumplimiento de oficio por el Juzgado de Letras del Trabajo", es decir, implícitamente considera que para obtener la ejecución de la sanción, es necesario que se hayan agotado las instancias pertinentes. SÉPTIMO: Que, en esta línea de elucubraciones, es dable asentar que la regla general acerca de la procedencia del recurso de apelación está dada en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto estatuye que lo son todas las sentencias definitivas, y no ha sido materia del debate que la resolución que decide el reclamo contra una multa administrativa reviste la naturaleza jurídica de sentencia definitiva, pues pone fin a la instancia resolviendo la cuestión que ha sido objeto del juicio, de modo que, como tal, es apelable y de esta apelación corresponde conocer a la Corte de Apelaciones respectiva, en conformidad a lo prevenido en el artículo 63, N° 3°, letra a), del Código Orgánico de Tribunales. OCTAVO: Que, por lo demás la deducción expuesta precedentemente, en orden a la procedencia del recurso de apelación en contra de las sentencias de primera instancia que resuelven un reclamo planteado en contra de la resolución que aplica una multa administrativa, no se opone a las disposiciones específicas del Código del Trabajo, desde que este ordenamiento, en su artículo 463 preceptúa que en los juicios laborales tendrán lugar los mismos recursos que proceden en los juicios ordinarios en lo civil y se les aplicará la misma normativa en todo cuanto no se encuentra modificado por los preceptos de este párrafo, en el que no se advierte restricción alguna a propósito de las sentencias de que se trata e, incluso, en el artículo 465 se prescribe que sólo son apelables las sentencias definitivas de primera instancia, entre otras específicamente allí señaladas. NOVENO: Que, finalmente, corrobora la conclusión anterior, la historia fidedigna del establecimiento de la ley, puesto que el actual artículo 474 del Código del Trabajo tuvo su origen en la Ley N° 14.972, de veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, cuyo artículo 2° estatuyó expresamente que los juzgados del trabajo conocían de estas reclamaciones en única instancia y dicho precepto fue incorporado al Código del ramo, promulgado por la Ley N° 18.620, de mil novecientos sesenta y siete, eliminándose la referencia al conocimiento en única instancia de este tipo de reclamos. DÉCIMO: Que, por consiguiente, en la sentencia atacada se han cometido los errores de derecho criticados por el recurrente, por equivocada interpretación de los artículos 426, 463 y 474 del Código del Trabajo, lo que lleva a acoger el presente recurso de casación, para la corrección necesaria, en la medida que los errores de derecho anotados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, desde que condujeron a desestimar el recurso de apelación intentado por el reclamante contra la sentencia de primer grado, privándolo de la oportunidad de hacer valer sus derechos en una segunda instancia." (Rol Ingreso N°240-2009, sentencia de 26 de febrero de 2009, E. Corte Suprema, Sala de Verano).





# Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo  
Facultades de Derecho



# **Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Santiago**

## Primer semestre 2009

**Trinidad Siles Del Valle**

Coordinadora de Carrera

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Destacamos las actividades más importantes que desarrollamos durante el primer semestre de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

### **Inauguración Año Académico 2009**

En una ceremonia solemne, el 16 de abril se inauguró el año académico 2009. Como es tradición, don Pablo Rodríguez Grez dio inicio al acto con sentidas palabras para los egresados. A continuación, el presidente de la Cámara de Diputados, el honorable diputado Rodrigo Álvarez Zenteno, disertó acerca de “el abogado frente a la actividad legislativa”. Junto a ellos, presidieron también la mesa de honor, el Rector de la Universidad, don Ernesto Silva Bafayllú, el Vicerrector Académico de Pregrado, señor Ernesto Silva Méndez y la Directora de la Carrera, Señora Cecily Halpern Montecino.

En esta ocasión, se hizo entrega de los diplomas a los alumnos egresados de Derecho, luego se distinguió por Excelencia Académica a los alumnos de más alto rendimiento durante el año académico 2008 y a los licenciados que realizaron una práctica profesional sobresaliente en la Corporación de Asistencia Judicial.

El premio “Roberto Dávila Díaz” instituido por el Decano don Pablo Rodríguez Grez, que distingue al mejor egresado con mejor rendimiento académico durante toda la carrera, le correspondió recibirlo, este año, a la señorita Andrea Alejandra Catalano, quien además agradeció a nombre de toda su promoción en un emocionante discurso.

Finalizó el acto académico con el reconocimiento al mejor profesor de la Facultad, premio que la Universidad instauró, en cada Facultad, desde el año 2007 y que recayó este año en el profesor de Derecho Procesal señor Carlos Pecchi Croce.

### **Reunión de profesores de la Facultad**

El 20 de abril del año en curso se efectuó la primera reunión de profesores. El Decano de la Facultad, Pablo Rodríguez Grez, presentó a los nuevos profesores que se incorporaron este año a Derecho; en ella también informó sobre la decisión de acreditar la carrera ante el organismo competente y abrió el diálogo con los profesores. Posteriormente, tanto la Directora de Postgrados, Carolina Coppo, como la Coordinadora de Investigación, Camila Boettiger, dieron a conocer los programas que se dictarán y los proyectos de investigación que se llevarán a cabo en el año.

### **Nombramientos en la Facultad**

En abril de 2009, se designaron como Coordinadores Académicos de ciclo a los profesores Francisco Pfeffer Urquiaga y Raúl Campusano Droguett, ellos asumirán las funciones de supervisión y apoyo de las actividades académicas del pregrado.

### **Nombramiento de nuevos ayudantes 2009. Concurso de ayudantes, primer semestre 2009**

Se reabrió la postulación para los concursos de ayudantes durante los meses de marzo y abril del presente año. Los interesados participaron activamente en la presentación de exposiciones ante la comisión integrada por el Director del Departamento respectivo, el profesor de la asignatura y un ministro de fe.

Se nombraron en esta oportunidad a los siguientes ayudantes:

<b>Asignatura</b>	<b>Profesor</b>	<b>Ayudante</b>
Derecho Romano	Ximena Pulgar Núñez	Claudio Salvatierra Garib
Derecho Romano	Ángela Cattan Atala	Alejandra Carrasco Morales
Introducción al Derecho	Percy Ecclefield Arriaza	Mariana Kaulen Guzmán
Nociones de Estado de Derecho	Pablo Rodríguez Grez	Andrea Álvarez De La Rivera Kater
Nociones de Estado de Derecho	Pablo Rodríguez Grez	Nicolás Galli Burrioni
Derecho Político/ Constitucional	José Francisco García García	Sergio Verdugo Ramírez
Derecho Político/ Constitucional	Salvador Mohor Abuauad	Gabriel Cuevas Gatica
Historia del Derecho	Oscar Dávila Campusano	Daniela Chemsí Celikbas
Derecho Civil	Ángel Cruchaga Gandarillas	Irmgard Rodler Dobmeier
Derecho Civil	Felipe Amenábar Atria	Andrea Catalano Calonge
Derecho Procesal	Jorge Ugarte Abrego	Daniela Geller Valenzuela
Derecho, Economía y Mercado/ Legislación Económica	Joaquín Morales Godoy	Constanza Olalquiaga del Solar
Ética (sello)	Matías Provoste Vargas	Carlos Barría Román
Ética (sello)	Marcela Schnake Ferrer	Paula Rebolledo Aliaga
Derecho Civil	Pedro Pablo Vergara	Natalia García Swaneck
Derecho Civil	Rubén Celis Rodríguez	Paulina Lobos Herrera
Derecho Procesal	Carlos Pecchi Croce	Jaime Silva Bruce
Derecho Administrativo	Iván Aróstica Maldonado	Nicolás Enteiche Rosales
Derecho Internacional Público	Raúl Campusano Droguett	Conrad Fahrenkrug Garrido
Derecho Internacional Público	Fernando Gamboa Serazzi	Sergio Arcos Peña
Derecho del Trabajo	Cecily Halpern Montecino	Valentina Gundelach Lizarraga
Derecho Penal	Luis Bates Hidalgo	Arturo de la Cerda Otto
Clínica Jurídica	Marcela González Moraga	Claudia Rojas Vergaray
Clínica Jurídica	Claudio Valdivia Rivas	Natalia Josephson Gómez
Derecho Civil	Helga Marchant Bustamante	Oswaldo García Swaneck
Derecho Procesal	Carlos Pecchi Croce	Hugo Álvarez Cárcamo
Derecho Administrativo	Sergio Cea Cienfuegos	Camila Rodríguez Stehn
Derecho Tributario	Gonzalo Torres Zúñiga	Andrea Riquelme Saavedra
Derecho Civil	Fernando Rabat Celis	Juan Pablo Morales Barros
Derecho Civil	Ambrosio Rodríguez Quiros	Isabel Warnier Readi
Filosofía del Derecho	Jaime Williams Benavente	Winfried Hempel Malessa
Derecho Tributario	Jaime García Escobar	Gabriel Jiménez Celsi

## **Visitas**

### **Visita al Congreso**

Contribuyendo con la formación práctica de los alumnos de primer año, se realizó una visita al Congreso Nacional, junto a los profesores de la Facultad Rodrigo Arellano, José Francisco García y Sergio Verdugo.

Esta actividad se llevó a cabo el día 30 de abril y fueron recibidos por el Presidente de la Cámara de Diputados, Rodrigo Álvarez, quien mediante una breve charla les mostró a los alumnos la organización y funcionamiento del Poder Legislativo, esta visita permitió un aprendizaje significativo de temáticas que los estudiantes habían revisado en asignaturas como Derecho Político

### **Otras visitas**

Durante el semestre se han realizado numerosas visitas guiadas de los alumnos a diversas entidades jurídicas. Estas han sido: visita al Cuarto Juzgado Civil del curso de Clínica jurídica, con la profesora Marcela González; visita a los Tribunales de Familia de Pudahuel del curso de Derecho Civil IV, con el profesor Ambrosio Rodríguez; visita al Centro de Justicia del curso de Derecho Procesal III, con el profesor Enrique Tapia.

En mayo, en una clase de Derecho del Trabajo I, Marcelo Ferrari Muñoz, Director de la Carrera de Teatro de la UDD y Director de la película "Subterra" mostró el documental y relató posteriormente las condiciones de trabajo del carbón y los hitos de reivindicaciones sociales de principios del siglo XIX, en Chile.

### **Homenaje al libro en la Facultad de Derecho**

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo no quedó ajena a los múltiples homenajes al libro que se realizaron a lo largo del país, y por lo mismo se sumó a esa iniciativa organizando actividades en torno al tema de la lectura.

Durante el primer semestre se invitó a los alumnos y profesores a distintos encuentros relacionados con las letras. Iniciamos este desafío en mayo con conversaciones con personajes nacionales ligados a la palabra, estuvieron reunidos con los alumnos: Jorge Rodríguez Elizondo, Pablo Rodríguez Grez, Hermógenes Pérez de Arce Ibieta, Jorge Edwards Valdés, Fernando Villegas Darrouy y continuarán participando otras personalidades interesantes en el segundo semestre.

## **Actividades con egresados**

Con el objeto de profundizar en el conocimiento de la metodología de evaluación del examen de grado, la Facultad de Derecho organizó el 18 de mayo un ciclo de ensayos de resolución de casos, dirigido a los alumnos egresados, actividad a cargo de los profesores de Derecho Civil de la carrera de Derecho.

## **Admisión**

El día sábado 25 de abril se realizó la Primera Jornada Vocacional UDD. Esta contó con la presencia de más de 1.000 alumnos para todas las carreras que imparte la UDD y 50 participantes para la carrera de Derecho. Profesores y alumnos de la Facultad analizaron y expusieron temas de actualidad.

El sábado 13 de junio tuvo lugar la primera actividad organizada por la Facultad de Derecho para los alumnos de 4° Medio con un promedio de notas 6.0 o más.

El Profesor José Francisco García examinó el tema de la legalización de la marihuana, desde un punto de vista constitucional, legal y dogmático, y luego procedió a un espacio de preguntas y a un debate. Finalizó el encuentro con conversaciones entre nuestros alumnos de diversos colegios invitados y egresados de la UDD.

## **Seminarios de extensión**

### ***Seminario "Impacto de la crisis en el mundo laboral: estrategias, acciones y herramientas para enfrentar la coyuntura"***

Con fecha 20 de enero de 2009, se llevó a cabo el seminario sobre "impacto de la crisis en el mundo laboral: estrategias, acciones y herramientas para enfrentar la coyuntura", organizado por la Facultad de Derecho, en conjunto con la Facultad de Gobierno, y bajo el patrocinio de Ernst & Young y el Diario Financiero.

En el encuentro, inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho Pablo Rodríguez G., se dieron a conocer los resultados de la encuesta "La realidad del trabajo hoy", la que fue comentada y analizada por el director de extensión Héctor Humeres N. Con esta introducción, se abrió el seminario y en él participaron el abogado y socio de Ernst & Young, Mauricio Peñaloza C., el psicólogo y Director de Pregrado de la Facultad de Psicología de la UDD, Claudio Orellana F., la Directora de la carrera de Derecho, Cecily Halpern M. y Patricio Cortés.

### **Seminario “La Nueva Justicia Tributaria en Chile, una Realidad”**

La Facultad de Derecho de la UDD organizó un seminario en el que expertos en el tema tributario analizaron la ley que entrará en vigencia a partir del 1° de febrero de 2010.

Con el objeto de discutir los alcances de la Ley N° 20.322, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera, la Facultad de Derecho realizó el pasado 29 de abril el Seminario “La Nueva Justicia Tributaria en Chile, una Realidad”, que contó con la participación del Subdirector Jurídico del SII, Pablo González Suau; del socio del estudio Baraona Marré, Juan Manuel Baraona; del abogado y profesor de Derecho Tributario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y Universidad del Desarrollo, Patricio Figueroa, y del Director de Extensión de la Facultad de Derecho de nuestra Casa de Estudios, Héctor Humeres, quien moderó el panel.

### **Curso “El arbitraje comercial en Chile”**

El 14 de abril se dio inicio al primer curso de educación continua, “El Arbitraje Comercial en Chile”.

El objetivo del curso, organizado por la Facultad de Derecho y patrocinado por el Colegio de Abogados y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, es introducir a los alumnos en los aspectos generales del arbitraje en Chile, además de entregar un panorama actualizado del marco regulatorio de la actividad arbitral y desarrollar en los alumnos las habilidades necesarias para utilizar dicho orden normativo en sus actividades profesionales.

El relator del curso fue Javier Cruz Tamburrino, abogado egresado de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Postgrado en Derecho, Duke University, USA. Actualmente trabaja como abogado en el área de litigios arbitrales del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

### **Curso “Bases del Derecho Ambiental”**

Con el patrocinio del Colegio de Abogados y de Chilectra, la Facultad de Derecho de la UDD llevó a cabo el 26 de mayo el exitoso curso: “Bases del Derecho Ambiental”, que tenía por objetivo dar a conocer los principales aspectos jurídicos de la regulación y protección del medio ambiente a nivel nacional. Los relatores del curso fueron Felipe Leiva, Camila Boettiger y Rodrigo Ropert.

## **Actividades de la Dirección de Postgrado**

La Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho imparte durante este año 2009 los siguientes programas de postgrado:

### **LL.M. Executive 3ª versión - Magíster en Derecho Económico y Financiero**

Actualmente, en la 3ª versión del LL.M. Executive, los alumnos cursan el tercer y último semestre del magíster, profundizando en materias tales como: Financiamiento de Proyectos, Quiebra e Insolvencia, Tributación Internacional, Libre Competencia y Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Nuevamente tendremos abogados que, tras su titulación, egresen con niveles de conocimiento actualizados en cuanto a Derecho Económico y Financiero, posicionándolos por sobre sus pares respecto de estos temas.

### **Postítulo en Derecho Tributario, 3ª versión**

En el mes de mayo del presente año, se ha dado inicio a la 3ª versión de nuestro Postítulo en Derecho Tributario, el cual está dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de una especialización actual y práctica en el área tributaria.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, de forma tal que pueda resolver los diversos problemas que el ejercicio de la profesión demanda. Entre estos objetivos encontramos:

- Permitir un manejo óptimo de la normativa que establece el Código Tributario, especialmente en lo referido a la defensa civil (reclamos de liquidaciones) y penal (delitos e infracciones tributarias).
- Comprender la tributación de la renta, tanto en la determinación del impuesto a nivel de empresas, así como desde el punto de vista del dueño de ésta y sus ejecutivos y trabajadores.
- Comprender el impuesto al valor agregado en sus diversos aspectos con el objeto de tomar medidas que impidan la generación de contingencias tributarias.
- Conocer el sistema del fondo de utilidades tributables (FUT).

## **Postítulo en Planificación Tributaria**

Para las empresas y personas, la carga tributaria es cada día un factor más sensible y relevante dentro de su estructura de costos. Por ello, una buena Planificación Tributaria es fundamental, ya que permitirá optimizar la carga tributaria, tanto de la empresa como de sus propietarios, permitiéndole así contar con recursos líquidos adicionales.

Conscientes de esta necesidad, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo ofrece a partir del 22 de Junio de 2009, este nuevo Postítulo en Planificación Tributaria, dirigido a profesionales que, contando con una formación básica en tributación, tengan interés en especializarse en estas materias.

Entre los objetivos específicos, se cuentan:

- Comprender la Teoría de la Planificación Tributaria, y la adecuada utilización de los instrumentos y estrategias de planificación, tanto para empresas como para personas naturales;
- Comprender las normas que regulan la tributación de la Inversión Extranjera y de las operaciones realizadas por chilenos hacia el exterior;
- Conocer la forma especial de tributación de algunas convenciones y/o contratos específicos, y las disposiciones antielusión que les son aplicables;
- Conocer algunos regímenes especiales de tributación, dados para ciertas actividades económicas específicas y la importancia de la justificación de inversiones; y
- Conocer y comprender la regulación que nuestra legislación contempla para las operaciones del Mercado de Valores.

## **Curso sobre el Nuevo Procedimiento Laboral, 2ª versión**

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, a través del Curso sobre el Nuevo Procedimiento Laboral, presenta nuevamente a la comunidad jurídica nacional el análisis de las consecuencias jurídicas y prácticas que en los principios e instituciones del derecho procesal del trabajo trae aparejada esta importante reforma al sistema de justicia laboral en nuestro país.

Esta actividad académica tiene por objeto dar a conocer el nuevo sistema que actualmente se encuentra vigente en las regiones I a VIII, XII y XIV, y antes de

finés de este año en las restantes regiones del país, de tal forma que el alumno entienda a fondo las principales instituciones que conforman el nuevo Derecho Procesal del Trabajo.

El Cuerpo Docente está a cargo de Tita Aránguiz Zúñiga, Javiera González Sepúlveda, Cecily Halpern Montecino, Héctor Humeres Noguera, Zarko Luksic Sandoval, Fernando Román Díaz, Dagmar Salazar Mesa y Patricio Valdés Aldunate.

Al igual que el año 2008, se impartirá un Taller de Simulación, completando una preparación tanto teórica como práctica.



# **Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción**

Primer semestre 2009

**Bruno Caprile Biermann**

Magister (D.E.A.) en Derecho Privado General

**UNIVERSIDAD DE PARÍS II, FRANCIA**

Profesor Titular de Derecho Civil

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **Inauguración del año académico 2009 y premiación resultados año académico 2008**

Con fecha 2 de abril de 2009 se efectuó la ceremonia de inauguración del año académico, ocasión en la que el Decano, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, se dirigió a los docentes y alumnos de la Facultad, efectuó un resumen de las actividades del año anterior y resumió los desafíos para el 2009.

Durante la misma ceremonia, se entregaron diplomas a aquellos alumnos que se distinguieron durante el año académico 2008 y a aquellos que obtuvieron una distinción en el concurso de ensayos jurídicos. En esta oportunidad, el premio como mejor egresado de la generación 2008 recayó en doña Carolina Silva Bustos, y el mejor ensayo jurídico fue el intitulado Sindicalización de los Funcionarios Públicos, cuyo autor es don Daniel Lafargue García.

La profesora Claudia Hurtado Espinoza fue galardonada como la mejor docente de la Facultad, distinción instituida el año 2007 por la Vicerrectoría Académica de Pregrado, y recibió un afectuoso y merecido saludo de sus colegas y alumnos.

## **Encuentro con alumnos de primer año**

Durante el mes de marzo se organizó un encuentro de los alumnos de primer año con las autoridades de la Facultad, destinado a facilitarles la transición desde la enseñanza media al mundo universitario. En ese encuentro se les explicó la reglamentación interna de la Facultad y general de la Universidad, se les transmitieron consejos y se les motivó a sacar provecho de los estudios y de la vida universitaria.

## **Cena con egresados**

El 23 de abril de este año se realizó la cena a la cual fueron invitados los 29 alumnos que egresaron de la Facultad durante el año 2008, ocasión en la que departieron con sus profesores y compañeros.

## **Actividades de extensión externa**

El 24 de abril de 2009 se realizó el seminario "Impacto de la Nueva Justicia Laboral en la Empresa, la Seguridad Social frente a la Crisis y Agenda Legislativa Pendiente", a cargo del profesor Sr. Claudio Palavecino Cáceres.

Las actividades de extensión continuaron con el seminario "Herramientas Legales para la Reactivación de Empresas Constructoras e Inmobiliarias", que estuvo a cargo de los profesores Sres. Roberta Lama Bedwell, Jean Pierre Latsague Lightwood, Laura Silva Uribe y quien escribe estas líneas, los que abordaron en sucesivos módulos las contingencias comerciales, tributarias, laborales y civiles propias de la actividad inmobiliaria y de la construcción.

## **Charlas de difusión a alumnos**

A raíz del interés de los alumnos por conocer los alcances jurídicos de la pre-tensión marítima del Perú, el profesor Alejandro Enríquez Yévenes dictó, el 21 de abril, la charla "El tema del límite marítimo: Un problema planteado por Perú".

Los alumnos también asistieron masivamente y mostraron especial interés por conocer los "Aspectos Fundamentales de la Reforma Procesal Laboral", tema abordado por el profesor, Sr. Javier Molina Gómez, en la charla que dictó el 22 de abril de 2009, a raíz de la entrada en vigor de dicha modificación procedimental en la VIII Región, que se produjo el 30 de abril de 2009.

En la misma línea, la Magistrada Sra. Berta Pool Burgos dictó la charla "Aspectos Técnicos Procesales del Nuevo Proceso Laboral", dirigida también a los alumnos de la Facultad.

## **Programas de Postgrado de la Facultad**

El 3 de abril de 2009 se dio inicio al decimotercer año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción, que culmina el 11 de diciembre del mismo año.

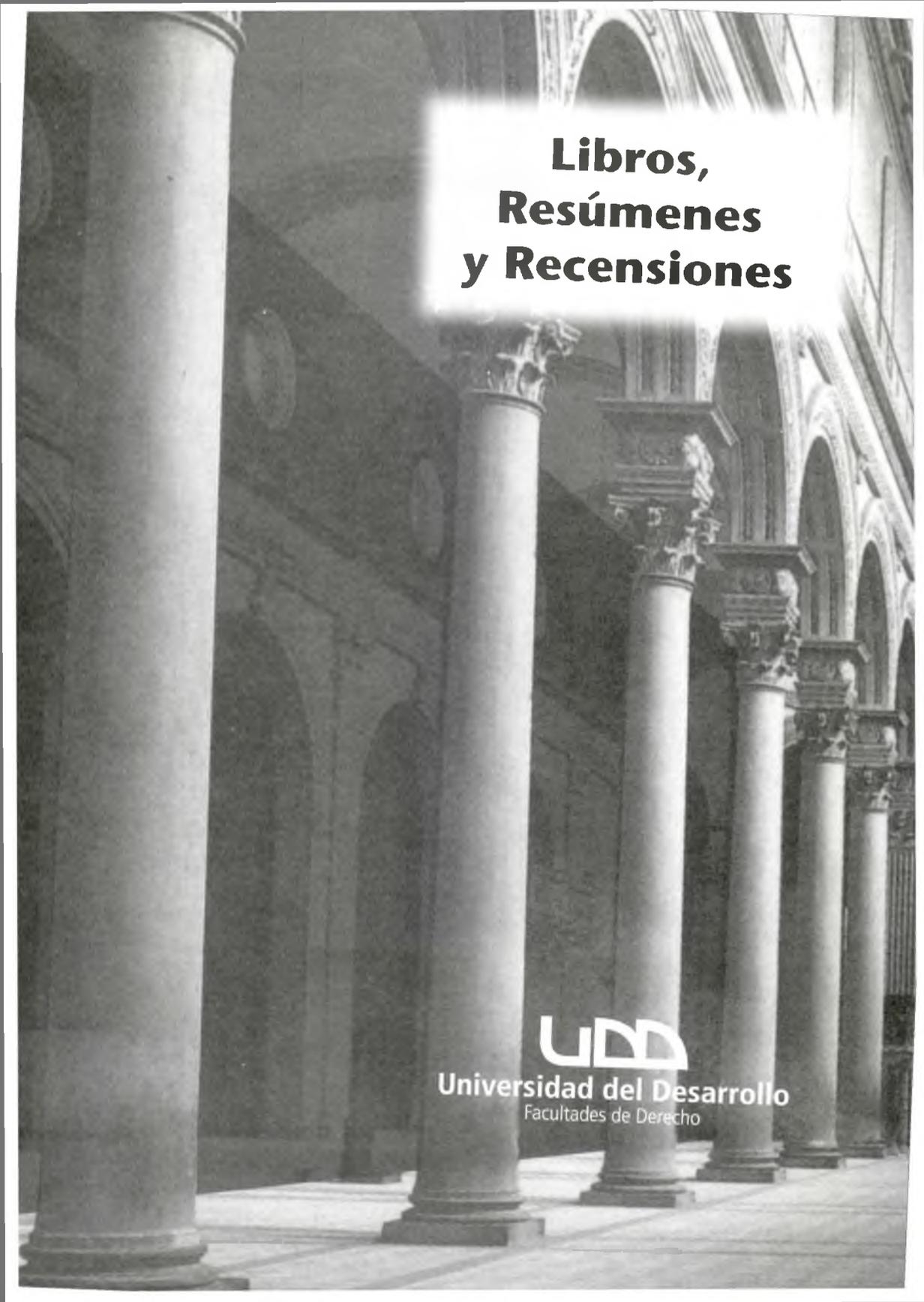
El Magíster en Derecho de la Empresa inauguró este año su décima versión y cuenta para este periodo académico con más de 25 alumnos entre primer y segundo año, convirtiéndose en el programa de postgrado de mayor convocatoria en la región.

Asimismo, principiaron los postítulos en Derecho Penal, Asesoría Jurídica de la Empresa y Derecho Laboral. Este último programa fue implementado este año, coincidiendo con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral en la Octava Región del Bío-Bío.

Nuestra oferta académica se completa con 6 diplomados y 26 cursos de perfeccionamiento jurídico en las áreas de Derecho de la Empresa, Derecho Laboral y Derecho Penal, ofreciendo a abogados y demás miembros de la comunidad jurídica una gama inigualable de posibilidades de profundización de sus conocimientos.

En suma, gracias a los continuos esfuerzos por ofrecer nuevos programas, adecuar los contenidos de aquellos ya consolidados y ampliar las alternativas de perfeccionamiento, los Cursos de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo de Concepción se han posicionado con liderazgo indiscutido en su área, tanto en la región como en todo el sur de Chile.





**Libros,  
Resúmenes  
y Recensiones**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## ***Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba***

De **Hernán Larraín Fernández**

Edición Soledad Zamorano Avendaño  
2008

COMENTARIO:

**Edesio Carrasco Quiroga**

Profesor Ayudante de Derecho Constitucional  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

El 20 de abril del presente año comenzó a regir la Ley N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública. Dicha norma, fruto de un largo proceso legislativo que comienza en enero de 2005, viene a implementar el derecho al acceso a la información pública que reconoce el propio artículo 8° de la Constitución a partir de la reforma constitucional de ese año.

Mucho se ha discutido en el último tiempo sobre el sentido, alcance e impacto que esta nueva ley tendrá dentro de la Administración Pública. En ese contexto, meses antes de la entrada en vigencia de la citada ley, el senador Hernán Larraín Fernández –uno de los dos senadores que propiciaron la moción de la referida ley–, publicó el libro titulado *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba*. En dicha obra, el autor entrega de manera simple y didáctica sus reflexiones de la nueva ley a partir de su experiencia como profesor y actual senador de la República, lo que permite a funcionarios públicos, jueces, miembros del Consejo para la Transparencia, abogados, estudiantes y público en general, entender las bases estructurales sobre las cuales se funda esta nueva “institucionalidad” en beneficio de la transparencia y el acceso a la información pública.

El libro cuenta con seis capítulos, tres de los cuales (capítulos II, III y IV) son escritos íntegramente por Larraín. Los restantes están dedicados a presentar la publicación (capítulo I), a comentar la ley por medio de artículos de

distintos autores (capítulo V) y a complementar la comprensión del texto con varios anexos que explican más detalladamente la historia de esta ley (capítulo VI).

Luego de un primer capítulo dedicado a presentar la obra y redactado por Miguel Flores V., el autor se pregunta acerca del sentido de la transparencia. Para responderla, Larraín analiza los conceptos de “transparencia” y “pública” a partir de la obra de dos autores que son citados recurrentemente: Habermas y Bentham. Asimismo, se hace cargo de la historia de ambos conceptos haciendo una breve reseña de cómo estas ideas han sido interpretadas a lo largo de la historia. El autor comienza por Grecia, continúa con la Ilustración y su propia modernidad, sigue con las ideas de Foucault, Mill y Tocqueville y termina por justificar la transparencia como “una condición, en esencia, de todo estado moderno, de toda democracia de nuestros tiempos, de todo aparato que se instala para servir a los ciudadanos” (p. 26).

A continuación, y adentrándose en los mecanismos de control que la transparencia otorga en democracia, el senador profundiza acerca de las dificultades que hoy presenta el acceso a la información que los organismos públicos detentan. Para ello, problematiza adecuadamente acerca del tipo de información que los organismos públicos deben entregar, señalando que no basta para una acertada decisión de las personas que la información sea genérica, “si ella no está desagregada” correctamente (p. 31). Esto redundante en que la información debe ser entregada de manera “sistematizada” y “comprensible” y sujeta a principios de “máxima relevación” y “proporcionalidad”. Por eso, para el autor la vía libre al acceso de la información pública y los mayores niveles de simetría informativa entre los electores y las autoridades electas, repercute en una modernización democrática del aparato público con consecuencias positivas para todos. Indispensable para ello será entonces que todos los organismos públicos puedan colaborar eficazmente en la entrega de toda la información que los distintos ciudadanos y el Consejo para la Transparencia en el futuro soliciten.

Luego de dos capítulos generales y a ratos dispersos respecto al rol que juega la transparencia en un gobierno democrático, el autor, probablemente en su capítulo más dialogante con el lector y el más rico en lo que a ideas se refiere, sintetiza, en una primera parte, la senda seguida por Chile y el mundo en materia de transparencia. Pese a un inicio introductorio referido a la historia de la consagración de este derecho, complementada con lo dispuesto por diversos tratados internacionales, el autor describe con claridad los pasos que América Latina y Chile han dado en este proceso. Para ello, recuerda que bajo el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle se dieron los primeros pasos para contar, junto al apoyo de “La Comisión de Ética Pública”,

con “proposiciones de políticas públicas e iniciativas legales que permitieran reforzar el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública en Chile” (p. 58).

Si bien dicha iniciativa no prosperó en el Parlamento, esta sentó las bases para generar una conciencia “pro transparencia” y un impulso decisivo en la agenda legislativa que el país tomó años más tarde. Así, el senador expresa que el vacío generado por las anteriores propuestas fue llenado posteriormente con la dictación de la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley N° 19.733) y los cambios a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante “LOCBAE”) mediante la Ley N° 19.653 sobre probidad y transparencia pública que modificó los artículos 13 y 14 de la LOCBAE. Sin perjuicio del nefasto retroceso que significó la dictación del Decreto Supremo N° 26, de 28 de enero de 2001 –hecho que Larraín no evade y que reconoce como un tropiezo en la senda que el Estado de Chile años antes había comenzado–, que llevó a más de “96 Resoluciones de Reserva y Secreto”, el autor consigna que la reforma constitucional al artículo 8° de la Constitución significó un paso sustantivo en la recuperación de la senda que el país años antes se había fijado. Lo anterior, pese a los escándalos de corrupción que azotaron al país al comenzar esta década y que culminaron en la agenda modernizadora que el país acordó a partir del año 2003.

Así, y luego de una exposición un poco extensa de los antecedentes previos a la dictación de la ley, el senador entra a explicar los aspectos principales de la nueva regulación. Parte por precisar los nuevos conceptos de transparencia activa y pasiva. La primera entendida como el deber de los órganos del Estado de poner a disposición del público, sin mediar requerimiento expreso, información relevante sobre su gestión; y la segunda, conceptualizada como el derecho del ciudadano a acceder, mediante petición formal, a la información pública que detentan los órganos del Estado.

Posteriormente informa, sin mayor detalle, acerca de las restricciones o excepciones que este tipo de derecho tiene en la Constitución y en la nueva ley. Además comenta, brevemente, acerca de los principios de esta nueva legislación y describe los aspectos básicos del nuevo Consejo para la Transparencia, probablemente el organismo más relevante de esta nueva legislación. Complementa, asimismo, el capítulo con referencias muy interesantes, pero un poco descontextualizadas con el sentido de este, referidas a la “revolución de la transparencia” y su influencia en el fortalecimiento democrático de la calidad de vida, su trascendencia en los medios de comunicación, la discusión presupuestaria y el nuevo “poder ciudadano”... Y termina volviendo a explicar aspectos más normativos y útiles de la ley, como lo es la petición de la

información por los ciudadanos (sus formalidades, plazos, etc), describiendo los sistemas de información y aludiendo al rol que cumple la vida privada en contraposición con el acceso a la información.

El capítulo V es, quizás, el capítulo más denso desde el punto de vista jurídico. Si bien este está dotado de cuatro comentarios diversos en ideas, contenido y estructura, redactados por Miguel Ángel Fernández (el más práctico), Juan Pablo Olmedo (el más novedoso), José Antonio Viera Gallo (el más preciso) y Jorge Jaraquemada (el más profundo en ideas), todos resumen brillantemente la nueva era que el Estado chileno enfrenta a partir de esta reforma. Destaca, por ejemplo, el trabajo de Miguel Ángel Fernández para quienes quieran una estructura simple del funcionamiento del derecho al acceso a la información pública consagrado en el artículo 8° de la Constitución (base esencial para entender las ideas matrices de la nueva ley). La relación del caso "CLAUDE REYES, MARCEL Y OTROS CONTRA CHILE", que hace Juan Pablo Olmedo –hoy uno de los cuatro flamantes miembros del Consejo para la Transparencia– es, al menos para aquellos que quieran entender los estándares internacionales aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, muy refrescante e iluminador. El actual Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo, en un texto preciso y claro, advierte sobre los riesgos, algo ya explicado en parte por Larraín en el capítulo anterior, que corre la vida privada ante el acceso a información antes desconocida. Para ello, aventura ciertos criterios que el Consejo para la Transparencia y las restantes autoridades deberán tener en cuenta. Por último, Jorge Jaraquemada, en un comentario cuyo enfoque se centra en los efectos institucionales de la nueva legislación pro acceso –en particular en lo referido a la rendición de cuentas que genera una legislación de esta naturaleza– destaca que una normativa como la comentada es capaz de producir mayor participación ciudadana y limitar los índices de corrupción que afectan al Estado en pleno siglo XXI.

El libro termina con el capítulo VI, compuesto por 7 anexos. De todos ellos, se rescata el contenido del Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública, que permite tener una visión más acabada de los objetivos buscados por los legisladores (Larraín y Gazmuri) y contrastarlo con aquello que finalmente la ley establece. Asimismo, destacan extractos seleccionados de los acuerdos político-legislativos para la modernización del Estado, la transparencia y la promoción del crecimiento alcanzados el año 2003, los cuales reflejan un diagnóstico y propuestas de solución en materias tales como el financiamiento político, la labor parlamentaria y la probidad para enfrentar la crisis que el país vivía en aquellos años en materia de corrupción. Por último, el anexo incorpora, junto con el texto final de la ley, un extracto del informe sobre medidas para favorecer la probidad y la eficiencia en la gestión pública, también del año 2003, encargado por la Presidencia de la República. En dicho

texto, particularmente breve, pero rico en contenidos, se logran apreciar los contenidos de lo que será finalmente la ley de transparencia y acceso a la información pública.

De esta forma, puede decirse que la obra del senador Larraín es un esfuerzo valioso y pionero en recopilar parte de la información dispersa que abundaba de manera previa a la entrada en vigencia de la ley. Si bien el libro a ratos es disparaje en contenidos y nivel, no puede dejar de reconocerse que constituye un esfuerzo serio por explicar las bases fundamentales sobre las cuales se estructura la nueva normativa sobre transparencia. Se echa de menos, eso sí, que la publicación no incorpore, siendo su autor un parlamentario de la República, parte del debate legislativo, en comisión o en sala, que la ley tuvo antes de entrar en vigencia. Pese a eso, es un material valioso e indispensable para quien quiera partir por estudiar la nueva ley sobre transparencia y acceso a la información pública.

Es de esperar que todos los organismos del Estado presten toda su colaboración en el proceso que comenzó hace unos meses y que las dificultades tecnológicas o de personal que puedan existir en una primera etapa sean rápidamente solucionadas con la finalidad de contar con una institucionalidad que no solo sea bien diseñada, sino también debidamente implementada.



## ***Tutela de derechos fundamentales del trabajador***

De **José Luis Ugarte Cataldo**

Santiago, 2009, Editorial LegalPublishing, 102 pp.

COMENTARIO:

**Hugo Fábrega Vega**

Departamento de Derecho de la Empresa

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Con mucho interés abordamos esta recensión sobre el libro recientemente publicado del profesor José Luis Ugarte C., distinguido académico e investigador de la Universidad Diego Portales, quien desde una perspectiva científica y con abundante cita reflexiva, aborda el sistema de la tutela de derechos fundamentales del trabajador, procedimiento nuevo aplicable a partir de la entrada en vigencia de las leyes 20.087 y 20.260, ambas que dan nueva fisonomía al libro V del Código del Trabajo en lo que respecta al nuevo procedimiento laboral vigente en gran parte del país.

Podría pensarse que el texto trata únicamente de cuestiones procesales o técnicas derivadas de este nuevo procedimiento; sin embargo el estudio va mucho más allá, puesto que desarrolla comprensivamente (y en plenitud) el sistema de justificación de la protección a los derechos fundamentales de los trabajadores de manera clara, fundada y coherente.

El texto contempla seis capítulos más la bibliografía utilizada. En el primer capítulo, dedicado a *El Derecho del Trabajo y los Derechos Fundamentales del Trabajador*, el profesor Ugarte explica que el derecho laboral chileno ha tenido una evolución histórica que ha cubierto al menos tres grandes esferas de protección al trabajador: los derechos laborales propiamente tales (como salarios mínimos, indemnizaciones por término de contrato o jornada de trabajo),

los derechos fundamentales específicos (tales como la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga), y los derechos fundamentales inespecíficos atribuidos a la calidad de ciudadano del trabajador (tales como la intimidad, la no discriminación, la integridad, o la libertad de expresión), siendo este último el tramo en el cual el legislador ha puesto una verdadera carta de ajuste con la inclusión de la protección de este tipo de derechos bajo un procedimiento judicial específico. En tal sentido, el autor sostiene que el derecho laboral ha comenzado a expandirse incorporando al ámbito procesal el inédito tema de la ciudadanía al interior de la empresa.

El segundo capítulo trata sobre *La Constitucionalización y el Derecho del Trabajo*, donde el autor justifica la eficacia vinculante de la Constitución Política de 1980, en la cual su artículo 6° establece que "*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*", lo que cotejado con el artículo 5° del Código del Trabajo ("*el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos*"), se traduce en un reconocimiento expreso de este fenómeno de interpretación sobre la eficacia horizontal de los derechos del trabajador, doctrina que el autor expone con abundante cita. A este respecto, al autor reflexiona sobre el modelo de protección de los derechos laborales bajo el imperio de la Carta Fundamental en el entendido que esta no ha sido del todo útil para el debido amparo de los derechos en la relación laboral, citando distintas causas que no han posibilitado, en general, la protección de aquellos derechos no patrimoniales, lo que entraba la comprensión de este nuevo procedimiento de tutela. Referido a esto último, el capítulo tercero se centra en el análisis del *Procedimiento de Tutela Laboral y la Nueva Justicia Laboral*, donde, en rigor, la ley señala un procedimiento de tutela que sólo protege un tipo de derecho: los derechos fundamentales del trabajador, en referencia a los incisos primeros de los artículos 485 y 487 del Código del Trabajo. Dejando atrás el objeto de este procedimiento, el autor puntualiza en este capítulo tanto a los sujetos activos como a los derechos que cubre este procedimiento, deteniéndose en el análisis de los derechos vinculados tanto a la no discriminación como a la indemnidad, contemplados expresamente en la Ley, sin perjuicio de armonizar la trama que se entendería como fundamento de la acción a través de la conducta lesiva de derechos fundamentales (un "*ilícito de resultado*"), dejando atrás la vieja idea que nace de la tipificación de la conducta ("*ilícito de conducta*").

El capítulo IV trata sobre *La Prueba en la Tutela Laboral*, donde analiza críticamente la técnica establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, que contiene la inversión de la prueba cuando el trabajador aporte antecedentes que signifiquen indicios suficientes de la vulneración a los derechos fundamen-

tales denunciada, situación que, en todo caso, deberá acreditar el denunciado (empleador) tanto en la fundamentación como en la proporcionalidad. A este respecto, cabe señalar que el trabajador podría fundamentar su acción en ciertos hechos que el empleador desvirtúe en razón de las facultades constitucionales y legales que el fin lícito de su calidad le ofrecen, pudiendo, en caso de ejercer subsidiariamente la acción de despido injustificado, sortear la tutela, mas no el recargo legal que impone una declaración judicial en este ámbito, ya que involucraría un despido lesivo de derechos fundamentales. Vinculado con lo anterior, se sigue el lato análisis que el autor señala en su capítulo V, que trata sobre la *Colisión y Ponderación en la Tutela Laboral de Derechos Fundamentales*, donde abarca de lleno la armonía interpretativa que el juez laboral debe tener para vincular principios del derecho laboral con las reglas inherentes a la interpretación legal. En este sentido el autor explica que una interpretación de los derechos constitucionales no debe solamente ir en búsqueda de la clásica idea de la jerarquía que debería existir entre ellos, sino más bien de una correlación interpretativa del caso puntual, no perdiendo de vista el criterio de la ponderación, la cual, gobernada por el principio de proporcionalidad, debería ser el método por el cual los jueces laborales decidieran los conflictos o colisiones de derechos fundamentales entre trabajador y empleador.

Por último, el capítulo VI trata sobre *El Juez Laboral y la Sentencia de Tutela de Derechos Fundamentales*. En esto radica la importancia de lo tratado anteriormente, puesto que es el juez quien deberá, a través de la sentencia definitiva, identificar la lesión a los derechos fundamentales comprometidos y ordenar el cese de la conducta, más la nulidad del o los actos lesivos. El proceso valorativo plasmado en la sentencia definitiva del juez no debe ser objeto de un análisis menor, puesto que el autor cree que existe una diferencia clara respecto a la precariedad existente respecto a las sentencias laborales que simplemente declaran un derecho patrimonial o aquellas que a través de la multa administrativa intentaban otorgar una protección a los derechos fundamentales. La sentencia definitiva en el proceso de tutela es clave y no solamente porque declara la existencia de un comportamiento antijurídico, sino que además ordena reparar las consecuencias de este. Respecto a esto último, el autor cree procedente la indemnización por daño moral en caso de la lesión al derecho fundamental cometida por la conducta lesiva del empleador, dado el tenor del numeral 3 del artículo 495 del Código del Trabajo, que en lo primordial dice "incluidas las indemnizaciones que procedan".<sup>1</sup> En este sentido, no estamos

<sup>1</sup> El profesor Sergio Gamonal C. cree que las indemnizaciones contempladas con ocasión del despido abusivo, y que son aquellas tratadas a propósito del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, comprenden el daño moral (GAMONAL, Sergio; *El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, Santiago, LexisNexis, 2007, 84 pp.).

de acuerdo en lo anterior, dada la historia genérica de esta reforma al libro V del Código del Trabajo,<sup>2</sup> la cual sin duda deberá servir de guía obligatoria al proceso interpretativo aludido.

Corona este análisis la profusa bibliografía utilizada por el autor, que da cuenta de su dedicación al tema y que constituye, sin lugar a dudas, un aporte a nuestra cultura jurídica en la materia, tan solo por señalar la importancia de este procedimiento que cambiará la manera en que hasta ahora los operadores jurídicos en general han enfrentado el tema.

---

<sup>2</sup> Cabe hacer presente que esta materia fue ampliamente debatida durante la discusión de la Ley N° 20.087, ya que el Mensaje Presidencial que contenía el proyecto señalaba, al tratar sobre las normas de competencia de los jueces del trabajo, que se les facultaba para pronunciarse sobre cualquier otra responsabilidad del empleador, incluso la reparación del daño moral. Coincidente con lo anterior, el N°1 del artículo primero del proyecto de ley sustituía íntegramente el artículo 420 del Código del Trabajo y en su letra f) disponía que los juzgados de letras del trabajo conocerían de los juicios en que se pretende hacer efectiva cualquier responsabilidad del empleador, **incluso la reparación del daño moral**, que emane de actos previos a la contratación, de aquellos producidos durante la vigencia del contrato, de los que se produzcan con motivo de su extinción o con posterioridad a ésta. Esta materia fue profusamente analizada y discutida en la Cámara de Diputados y tratándose de una norma orgánica constitucional fue rechazada por no reunir el quórum calificado que requería su aprobación en la sesión N° 51 de 16 de marzo de 2005. En definitiva, el artículo 420 del Código del Trabajo solamente fue modificado en su letra c) respecto de las cuestiones derivadas de las normas de previsión o de seguridad social.

# Índice Revista *Ius Publicum* N° 22 / 2009

## Escuela de Derecho

### Universidad Santo Tomás

#### ESTUDIOS

- Max Silva Abbott:** *El colloquio sul positivismo giuridico*  
**Joaquín García-Huidobro:** *De la polis a la ciudad, pasando por el Estado*  
**Carlos Felipe Amunátegui Perelló:** *La teoría de las inmisiones. Algunas perspectivas para la protección de lugares de uso público*  
**Miguel Ayuso:** *Valores, pluralismo y comunidad política*  
**Miguel Langon Cuñarro:** *¿Es discriminatoria la legislación antidiscriminación?*  
**Gustavo Ossorio Fariás:** *El pensamiento conservador del Presidente Manuel Bulnes*  
**Eduardo Soto Kloss:** *Responsabilidad del Estado por daños de su Administración. Algunos casos de jurisprudencia durante el segundo semestre de 2008*

#### CRÓNICA

- G. Rojas Sánchez:** *Reflexiones fuertes*  
**Juan P. Barros:** *El patriotismo o sentimiento de nacionalidad*  
**M. Elissalde Martel:** *Diario de una niña que no llegó a nacer*  
**J. García Huidobro Correa:** *Las universidades que Chile necesita; Estética política*  
**H. Corral Talciani:** *¿Hacia el "divorcio express"?*  
**A. Ibáñez Santa María:** *Pobres*  
**P. Rodríguez Grez:** *Independencia judicial y estado de derecho*  
**H. Bosselin Correa:** *Debido proceso constitucional*  
**L. Pardo Sainz:** *Totalitarismo democrático, el nuevo esquema*  
**H. Pérez De Arce:** *Cautivos: ¡a pagar!; De prevaricaciones y bombas*  
**G. Vial:** *Monumento a Jaime Guzmán; Acertijos para ideólogos; La DC y el golpe militar*  
**Acción Familia:** *Una visita de Estado*  
**Noticias Globales:** *Obama y la incultura de la muerte, un nuevo Herodes*

#### DOCUMENTOS

- SS. Benedicto XVI:**
- *Discurso a la asamblea plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias*
  - *Discurso a las participantes de un Congreso Internacional sobre la donación de órganos organizado por la Academia Pontificia para la Vida*
  - *Mensaje a Congreso Internacional con ocasión del 400 aniversario de la "Humanae Vitae"*
  - *Discurso a los educadores católicos en la Universidad Católica de América/Washington*
  - *Homilía en la explanada de los Inválidos/París*
  - *Discurso en el College des Bernardins/París*
  - *Homilía en la Prairie de Lourdes/Francia*
  - *Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz/2009: "Combatir la pobreza, construir la paz"*
  - *Discurso a participantes de Congreso científico internacional "Las nuevas fronteras de la genética y el riesgo de la eugenesia", organizado por la Academia Pontificia para la Vida.*

**Academia Pontificia para la Vida:** *Declaración final de la XIII Asamblea General: "la conciencia cristiana en apoyo del derecho a la vida"*

**Presidencia de la República Oriental del Uruguay:** *Veto Presidencial a proyecto de ley sobre salud sexual y reproducción*

**G. Vial:** *El Cardenal Medina, Madonna y los columnistas*

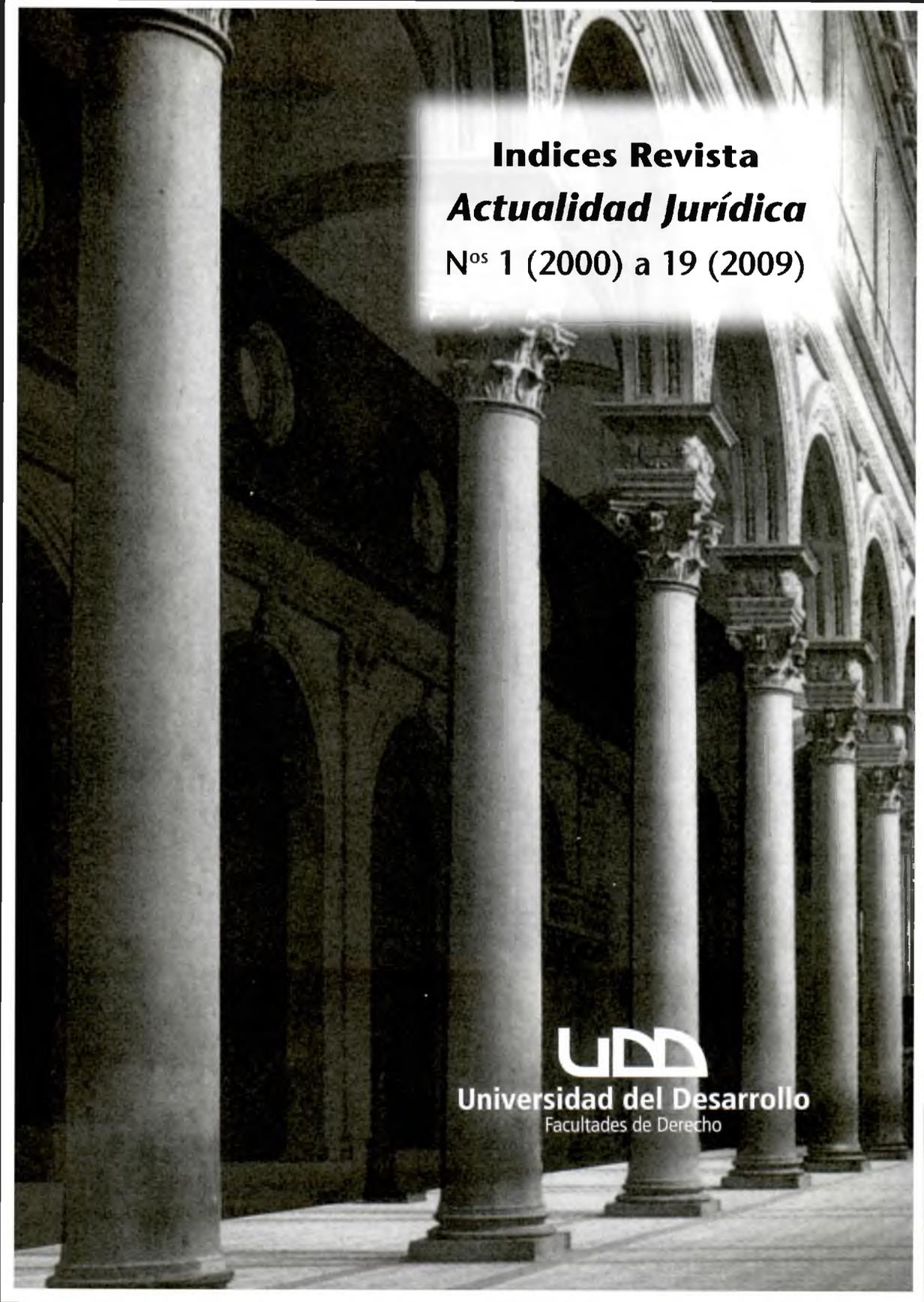
### **JURISPRUDENCIA**

**Corte Suprema – 30.9.2008.** *Responsabilidad municipal por accidente en la vía pública: Sánchez Sánchez c/Municipalidad de Arica*

**Corte Suprema – 2.10.2008.** *Responsabilidad municipal por accidente en la vía pública: Melgarejo Melgarejo c/Municipalidad de Talcahuano*

**Corte de Suprema – 29.10.2008.** *Responsabilidad de Servicio de Salud por negligencia hospitalaria: Cortés Cortés c/Servicio de Salud de Valparaíso — Quillota. Comentarios de E. Soto Kloss*

### **RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**



**Indices Revista**  
***Actualidad Jurídica***  
N<sup>os</sup> 1 (2000) a 19 (2009)



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Índice de la Revista *Actualidad Jurídica*, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago**

## **Números 1 (2000) a 19 (2009)**

**Eduardo Andrades Rivas**

Profesor Titular de Historia del Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN**

### **Presentación**

*"Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Intervienen en ella tanto la Facultad de Santiago como la de Concepción, ciudad esta última en que nació nuestra casa de estudios"* (**Prof. Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago**).

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica uno o más dossiers a algunos temas centrales predefinido por su Consejo Editorial.

### **Periodicidad**

*Actualidad Jurídica* es una publicación semestral que se edita en Enero y Julio de cada año, caracterizada por la rigurosidad en las fechas de su cierre editorial y publicación.

### **Autoridades responsables**

**DIRECTOR:** Profesor **Pablo Rodríguez Grez**, Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.

**EDITOR:** Profesor **Hugo Fábrega Vega**

**REPRESENTANTE LEGAL:** **Ernesto Silva Bafalluy**, Rector de la Universidad del Desarrollo.

### **Consejo Editorial**

Éste órgano científico tiene a su cargo el estudio, evaluación y selección de las colaboraciones destinadas a publicarse, como, asimismo, la determinación del tema central de cada número de la Revista. Sus integrantes son:

**PRESIDENTE:** Profesor **Gonzalo Rioseco Martínez**, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.

INTEGRANTES:

Prof. Bruno Caprile Biermann.

Prof. José Manuel Díaz de Valdés Juliá

Prof. Cecily Halpern Montecino.

Prof. Mario Rojas Sepúlveda.

Prof. Hugo Rosende Álvarez.

### **Índice de la Revista**

En formatos por materias y por autor, se encuentra a disposición del público interesado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad, Casa Central Concepción:

**[http://www.udd.cl/prontus\\_facultades/site/artic/20070726/asocfile/indice\\_de\\_la\\_revista\\_actualidad\\_juridica\\_n\\_19.doc](http://www.udd.cl/prontus_facultades/site/artic/20070726/asocfile/indice_de_la_revista_actualidad_juridica_n_19.doc)**

Haciendo click en "Índice de la Revista Actualidad Jurídica".

### **Recepción de colaboraciones académicas**

*Actualidad Jurídica* está abierta a recibir colaboraciones académicas de los profesores y especialistas en las distintas áreas del estudio jurídico. Dichos aportes pueden ser dirigidos a:

CONCEPCIÓN: Prof. Bruno Caprile Biermann

SANTIAGO: Prof. Hugo Fábrega Vega

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la revista no serán devueltos a los autores.

**ISSN** N° 0717-5914

### **Ventas y Suscripciones**

Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **Ediciones Universidad del Desarrollo**:

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-2268690, Fax 56-41-268669, Email: cferrando@udd.cl

SANTIAGO: Avda. La Plaza N° 700, Fono 56-2-2999271, Fax 56-2-2999271, Email: bsepulveda@udd.cl

Las solicitudes de suscripción pueden dirigirse remitiendo el formulario pertinente a **Ediciones Universidad del Desarrollo** a las direcciones indicadas.

## ÍNDICE GENERAL

### I. ÍNDICE POR MATERIAS

#### A. ESTUDIOS

##### 1. Historia y Filosofía del Derecho

- 1) Derecho Romano
- 2) Historia del Derecho Europeo
- 3) Historia del Derecho Indiano
- 4) Historia de los Derechos Indígenas
- 5) Historia de los Derechos Patrios Hispanoamericanos
- 6) Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile
- 7) Historia del Pensamiento Jurídico
- 8) Introducción al Derecho
- 9) Filosofía del Derecho
- 10) Pensamiento Jurídico
- 11) Enseñanza del Derecho

##### 2. Derecho Público

- 1) Derecho Político
- 2) Derecho Constitucional
- 3) Derecho Administrativo
- 4) Derecho Internacional Público
- 5) Derecho del Medio Ambiente
- 6) Derecho Penal

##### 3. Derecho Privado

- 1) Derecho Civil
- 2) Derecho Comercial
- 3) Derecho Minero
- 4) Derecho de Aguas
- 5) Derecho Urbano
- 6) Derecho Informático
- 7) Derecho Internacional Privado

##### 4. Derecho Procesal

- 1) Derecho Procesal Orgánico
- 2) Derecho Procesal Civil
- 3) Derecho Procesal Penal

##### 5. Derecho Económico y Tributario

##### 6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

- 1) Derecho del Trabajo General
- 2) Derecho del Trabajo Individual
- 3) Derecho Colectivo del Trabajo
- 4) Derecho Procesal Laboral
- 5) Seguridad Social

#### B. VIDA ACADÉMICA

#### C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

#### D. RECENSIONES, PUBLICACIONES E ÍNDICES

#### E. SEPARATAS

#### F. SEMBLANZAS Y HOMENAJES

### II. ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES

#### SIGLAS:

- (CJ) Comentario de Jurisprudencia  
 (R) Recensión  
 (S) Separata  
 (VA) Vida Académica

# I. Índice por Materias de la “Revista Actualidad Jurídica”

## A. ESTUDIOS

### 1. Historia y Filosofía del Derecho

#### 1) DERECHO ROMANO

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones*, N° 3, 2001, 123.

MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes*, N° 7, 2003, 83.

SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.

#### 2) HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.

#### 3) HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.

#### 4) HISTORIA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

#### 5) HISTORIA DE LOS DERECHOS PATRIOS HISPANOAMERICANOS

#### 6) HISTORIA DEL DERECHO PATRIO Y CONSTITUCIONAL DE CHILE

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.

OSBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.

#### 7) HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del *Ius Publicum Europaeum**, N° 13, 2006, 343.

#### 8) INTRODUCCIÓN AL DERECHO

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.

### 9) FILOSOFÍA DEL DERECHO

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, N° 16, 2007, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico*, N° 19, 2009, 423.

BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica*, N° 3, 2001, 149.

MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, N° 10, 2004, 27.

QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, N° 18, 2008, 371.

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, N° 17, 2008, 433.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, N° 6, 2002, 45.

SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.

SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, N° 6, 2002, 13.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.

### 10) PENSAMIENTO JURÍDICO

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, N° 3, 2001, 21.

BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, N° 18, 2008, 395.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.

CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, N° 16, 2007, 23.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.

- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.
- PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, N° 19, 2009, 585.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, *discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley*, N° 17, 2008, 89.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.

## 11) ENSEÑANZA DEL DERECHO

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica*, N° 6, 2002, 27.
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas*, N° 19, 2009, 579.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.

## 2. Derecho Público

### 1) DERECHO POLÍTICO

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.
- DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.
- TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.

### 2) DERECHO CONSTITUCIONAL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová*, N° 19, 2009, 615.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, N° 4, 2001, 77.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?*, N° 18, 2008, 23.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.

- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano)*, N° 18, 2008, 219.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, N° 17, 2008, 165.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 2006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, N° 18, 2008, 55.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *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*, N° 18, 2008, 69.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, N° 17, 2008, 163.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, N° 17, 2008, 195.

- DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después")*, N° 18, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional*, N° 18, 2008, 189.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador*, N° 19, 2009, 373.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, N° 18, 2008, 247.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.

### 3) DERECHO ADMINISTRATIVO

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, N° 19, 2009, 309.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- ENTELICHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, N° 17, 2008, 293.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, N° 19, 2009, 327.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.
- REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.
- SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.

#### **4) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.
- ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas. La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional. Puntos de Vista*, N° 1, 2000, 7.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.

- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, N° 6, 2002, 147.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema, la crisis del derecho internacional)*, N° 8, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, N° 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdicción*, N° 1, 2000, 55.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.

## 5) DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabčíkovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, N° 19, 2009, 651.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.

## 6) DERECHO PENAL

- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia*, N° 18, 2008, 491.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.

- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, N° 16, 2007, 291.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.
- NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa*, N° 18, 2008, 431.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.
- PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.

### 3. Derecho Privado

#### 1) DERECHO CIVIL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, N° 17, 2008, 243.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración*, N° 1, 2000, 183.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, N° 9, 2004, 65.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*, N° 8, 2003, 95.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, N° 18, 2008, 205.
- CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil*, N° 19, 2009, 43.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial*, N° 7, 2003, 241.

- CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud*, N° 3, 2001, 169.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios*, N° 12, 2005, 65.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces*, N° 18, 2008, 333.
- GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad*, N° 19, 2009, 25.
- GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio*, N° 14, 2006, 201.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, N° 19, 2009, 139.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190*, N° 17, 2008, 403.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata N° 16, 2007, 89.
- MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura*, N° 19, 2009, 535.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*, N° 6, 2002, 163.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.

- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N° 7, 2003, 385.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
- PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, Separata N° 16, 2007, 113.
- PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil*, N° 18, 2008, 299.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos*, N° 6, 2002, 305.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 295.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal*, N° 19, 2009, 79.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda*, N° 18, 2008, 107.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.

- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, N° 17, 2008, 351.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, N° 18, 2008, 413.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separata N° 16, 2007, 65.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
- VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvenión*, N° 6, 2002, 327.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado*, N° 19, 2009, 33.

## 2) DERECHO COMERCIAL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, N° 19, 2009, 263.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, N° 17, 2008, 371.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.
- OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, N° 17, 2008, 385.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura*, N° 12, 2005, 123.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas*, N° 5, 2002, 275.
- SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.

### 3) DERECHO MINERO

#### 4) DERECHO DE AGUAS

- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.
- MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.

**5) DERECHO URBANO**

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.

**6) DERECHO INFORMÁTICO**

PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.

SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.

**7) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.

**4. Derecho Procesal****1) DERECHO PROCESAL ORGÁNICO**

BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.

CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.

DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción*, N° 1, 2000, 99.

GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento*, N° 17, 2008, 75.

MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial*, N° 15, 2007, 21.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez*, N° 19, 2009, 397.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial)*, N° 17, 2008, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.

**2) DERECHO PROCESAL CIVIL**

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 195.

KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, N° 17, 2008, 29.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, N° 17, 2008, 49.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.
- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
- PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma procesal civil)*, N° 5, 2002, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, N° 5, 2002, 349.

### 3) DERECHO PROCESAL PENAL

- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile*, N° 19, 2009, 403.
- FIGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, N° 17, 2008, 59.
- MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, N° 18, 2008, 473.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
- PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal*, N° 7, 2003, 61.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La Reforma Procesal Penal)*, N° 7, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.

- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal*, N° 12, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral*, N° 9, 2004, 207.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 265.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 227.
- SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, N° 19, 2009, 127.

## 5. Derecho Económico y Tributario

- BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
- CAMPUSANO, Raúl F., y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
- CAMPUSANO, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno*, N° 10, 2004, 209.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, N° 1, 2000, 89.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, N° 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, N° 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, N° 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, N° 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, N° 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, N° 14, 2006, 285.

- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, N° 17, 2008, 257.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas*, N° 19, 2009, 513.
- MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, N° 18, 2008, 539.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 17, 2000, 315.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, N° 18, 2008, 499.

## 6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

### 1) DERECHO DEL TRABAJO GENERAL

- CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.
- THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.

### 2) DERECHO DEL TRABAJO INDIVIDUAL

- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, N° 19, 2009, 493.
- FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.
- GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico*, N° 19, 2009, 459.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.

### **3) DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO**

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Nogue, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.

### **4) DERECHO PROCESAL LABORAL**

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.  
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.

OBBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.

ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, N° 18, 2008, 535.

THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.

### **5) SEGURIDAD SOCIAL**

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, N° 19, 2009, 209.

## B. VIDA ACADÉMICA

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2001, N° 4, 2001, 455.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer (SIC)<sup>1</sup> Semestre 2001, N° 5, 2002, 337.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2002, N° 6, 2002, 359.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2002, N° 7, 2003, 459.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2003, N° 8, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2003, N° 9, 2004, 397.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2004, N° 10, 2004, 359.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2004, N° 11, 2005, 331.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2005, N° 12, 2005, 241.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2005, N° 13, 2006, 435.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2005,<sup>2</sup> N° 14, 2006, 307.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2006, N° 15, 2007, 341.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Segundo Semestre 2003, N° 9, 2004, 393.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Primer Semestre 2004, N° 10, 2004, 351.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Segundo Semestre 2004, N° 11, 2005, 325.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Primer Semestre 2005, N° 12, 2005, 231.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Segundo Semestre 2005, N° 13, 2006, 419.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Primer Semestre 2006, N° 14, 2006, 301.

<sup>1</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

<sup>2</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 537.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 629.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 791.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 395.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho*, N° 10, 2004, 355.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho*, N° 12, 2005, 237.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho*, N° 16, 2007, 504.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008, Facultad de Derecho*, N° 18, 2008, 626.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados*, N° 19, 2009, 787.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 497.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 529.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 619.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 779.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), N° 2, 2000*, 371.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista*, N° 1, 2000, 307.

## C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467.
- BOETTIGER PHILLIPPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497.
- CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia*, 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415.
- CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo*, 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales*, Fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Corte Suprema, Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Corte Suprema, La cosa juzgada en materia procesal laboral, Casación*, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario*, Corte Suprema, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405.

- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno ala prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, N° 19, 2009, 683.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, N° 18, 2008, 567.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema, Adrian con Comdítex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593.
- MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, N° 19, 2009, 697.
- OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable*, *Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada*, *Corte Suprema*, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional*, 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil*, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal*, *Casación en el fondo*, 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes*, *Casación en el fondo*, 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada*, *Casación en el fondo*, 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413.
- RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa*, 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral*, N° 19, 2009, 703.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417.
- UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479.

## D. RECENSIONES, PUBLICACIONES E ÍNDICES

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica*, de Francisco Carpintero, N° 1, 2000, 335.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 6, 2002, 373.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo*, de Francisco Carpintero Benitez, N° 2, 2000, 441.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho*, de Jaime Williams Benavente, N° 2, 2000, 449.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, de Miguel Ayuso T., N° 15, 2007, 353.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 15, 2007, 347.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007*, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado, N° 19, 2009, 797.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, de Antonio Dougnac Rodríguez, N° 9, 2004, 435.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias*, de Javier Barrientos Grandón, N° 11, 2005, 337.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales*, de Javier Barrientos Grandón, N° 4, 2001, 473.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007)*, N° 17, 2008, 611.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias*, de José Ramón de Verda y Beaumonde, N° 13, 2006, 441.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica*, de Eduardo Cuenca, N° 12, 2005, 247.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 2, 2000, 455.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 351.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias*, de Hugo Rosende Álvarez, N° 17, 2008, 551.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado*, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón, N° 10, 2004, 403.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? Una aproximación inicial*, de Héctor Humeres Noguera, N° 16, 2007, 525.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 12, 2005, 251.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 6, 2002, 479.

- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 15, 2007, 357.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, N° 17, 2008, 543.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, N° 17, 2008, 543.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 3, 2001, 365.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N° 5, 2002, 359.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 3, 2001, 357.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000, y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 4, 2001, 476.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 5, 2002, 357.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 7, 2003, 481.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 8, 2003, 355.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 10, 2004, 411.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 12, 2005, 256.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 13, 2006, 447.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 14, 2006, 319.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 528.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 529.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 17, 2008, 607.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 18, 2008, 639.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 19, 2009, 805.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattán*, N° 1, 2000, 333.
- GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 18, 2008, 637.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, N° 11, 2005, 341.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle*, N° 17, 2008, 587.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 393.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 545.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, N° 17, 2008, 562.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich*, N° 19, 2009, 801.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 345.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 1, 2000, 321.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, N° 17, 2008, 550.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 365.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, N° 17, 2008, 601.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo*, N° 1, 2000, 341.
- VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 544.
- VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, N° 17, 2008, 560.
- VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, N° 17, 2008, 549.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, N° 16, 2007, 515.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci*, N° 2, 2000, 437.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña*, N° 3, 2001, 359.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger*, N° 14, 2006, 313.

## E. SEPARATAS

- FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, *Separata Revista N° 16, Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, julio de 2007.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, julio de 2005.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, mayo de 2003.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción*, N° 17, Septiembre de 2007.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, N° 5, julio de 2004.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, N° 7, julio de 2006.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, N° 2, diciembre de 2002.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, N° 1, octubre de 2002.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, N° 1, Diciembre de 2007.

## F. SEMBLANZAS Y HOMENAJES

- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, N° 19, 2009, 61.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista*, N° 19, 2009, 63.
- PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.

## II. Índice Alfabético de Autores de la “Revista Actualidad Jurídica”

- ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová*, N° 19, 2009, 615.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197. (CJ).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, N° 17, 2008, 243.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración*, N° 1, 2000, 183.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, N° 4, 2001, 77.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, N° 9, 2004, 65.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica*, N° 6, 2002, 27.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica*, de Francisco Carpintero, N° 1, 2000, 335. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, N° 16, 2007, 143.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, N° 3, 2001, 21.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 6, 2002, 373. (R).

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benítez*, N° 2, 2000, 441. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico*, N° 19, 2009, 423.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 2, 2000, 449. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.*, N° 15, 2007, 353. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 15, 2007, 347. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?*, N° 18, 2008, 23.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano)*, N° 18, 2008, 219.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado*, N° 19, 2009, 797. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez*, N° 9, 2004, 435. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón*, N° 11, 2005, (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón*, N° 4, 2001, 473. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007)*, N° 17, 2008, 611.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.

- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.
- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.
- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas*, N° 19, 2009, 579.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423. (CJ).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467. (CJ).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.
- AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.
- BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.
- BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.
- BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, N° 19, 2009, 309.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497. (CJ).

- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca*, N° 12, 2005, 247. (R).
- CAMPUSANO, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
- CAMPUSANO, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta*, N° 5, 2002, 305.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
- CAMPUSANO, Raúl F., y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
- CAMPUSANO, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabckovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, N° 19, 2009, 651.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, N° 18, 2008, 395.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer (sic)<sup>3</sup> Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2006*,<sup>4</sup> N° 14, 2006, 307. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*, N° 8, 2003, 95.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beaumonde*, N° 13, 2006, 441. (R).
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.

<sup>3</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

<sup>4</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.
- CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.
- CATTAN ATALA, Ángela, y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile*, N° 19, 2009, 403.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, N° 17, 2008, 165.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, N° 18, 2008, 205.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno*, N° 10, 2004, 209.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.
- CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 2, 2000, 455. (R).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial*, N° 7, 2003, 241.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 351. (R).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias*, de Hugo Rosende Álvarez, N° 17, 2008, 551. (R).
- CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.
- CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia*, 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415. (CJ)
- CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo*, 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419. (CJ)

- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 195.
- CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil*, N° 19, 2009, 43.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337. (VA).
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 393. (VA).
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, N° 1, 2000, 89.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón*, N° 10, 2004, 403. (R).
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 2006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista: N° 1*, 2000, 7.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.
- CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud*, N° 3, 2001, 169.
- DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.
- DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción*, N° 1, 2000, 99.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, N° 18, 2008, 55.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios*, N° 12, 2005, 65.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *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*, N° 18, 2008, 69.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales*, Fallo del tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757. (CJ).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435. (CJ).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, N° 17, 2008, 163.

- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, N° 17, 2008, 195.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, N° 16, 2007, 23.
- DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.
- DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.
- DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- ENTELCHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, N° 17, 2008, 293.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.
- FÁBREGA VEGA, HUGO, *Corte Suprema, Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Corte Suprema, La cosa juzgada en materia procesal laboral, Casación, Rol 3862-2006*, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguera)*, N° 16, 2007, 525. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, N° 12, 2005, 251. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 6, 2002, 479. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 15, 2007, 357. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, N° 17, 2008, 543.

- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 3, 2001, 365. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, N° 19, 2009, 493.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317. (VA)
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77. (VA).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 2, 2000, 383. (VA).
- FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, *Separata Revista N° 16, Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, julio de 2007.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, julio de 2005. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, mayo de 2003. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción*, N° 17, Septiembre de 2007. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, N° 5, julio de 2004. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, N° 7, julio de 2006. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, N° 2, diciembre de 2002. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, N° 1, octubre de 2002. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, N° 1, Diciembre de 2007. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N° 5, 2002, 359. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, N° 19, 2009, 61.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 3, 2001, 357. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000, y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 4, 2001, 476. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 5, 2002, 357. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 7, 2003, 481. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 8, 2003, 355. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 10, 2004, 411. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 12, 2005, 256. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 13, 2006, 447. (R).

- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 14, 2006, 319. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 528. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 529. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 17, 2008, 607. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 18, 2008, 639. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 19, 2009, 805. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
- FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista*, N° 19, 2009, 63.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
- FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, N° 17, 2008, 59.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.

- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattán*, N° 1, 2000, 333. (R).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.
- GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 18, 2008, 637. (R).
- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389. (VA).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, N° 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema, 9 de mayo de 2006*, N° 15, 2007, 297. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, N° 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, N° 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, N° 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, N° 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, N° 14, 2006, 285.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, N° 17, 2008, 257.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, N° 19, 2009, 327.
- GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento*, N° 17, 2008, 75.
- GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, N° 19, 2009, 263.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces*, N° 18, 2008, 333.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.
- GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguez, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

- GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad*, N° 19, 2009, 25.
- GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica*, N° 3, 2001, 149.
- GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio*, N° 14, 2006, 201.
- GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico*, N° 19, 2009, 459.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones*, N° 3, 2001, 123.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337. (VA).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 11, 2005, 341. (R).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno ala prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, N° 19, 2009, 683. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, N° 18, 2008, 567. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403. (CJ).
- HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, N° 19, 2009, 139.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565. (R).
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia*, N° 18, 2008, 491.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425. (VA).

- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.
- HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509. (VA).
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 537. (VA).
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 629. (VA).
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 791. (VA).
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593. (CJ).
- JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, N° 17, 2008, 371.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas*, N° 19, 2009, 513.
- KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190*, N° 17, 2008, 403.
- MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, N° 18, 2008, 473.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, N° 19, 2009, 209.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata N° 16, 2007, 89.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, N° 16, 2007, 291.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.

- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura*, N° 19, 2009, 535.
- MOHOR ABUJAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, N° 6, 2002, 147.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.
- MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
- MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, N° 10, 2004, 27.
- MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes*, N° 7, 2003, 83.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*, N° 6, 2002, 163.
- MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial*, N° 15, 2007, 21.
- MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423. (CJ).
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.
- NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa*, N° 18, 2008, 431.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle*, N° 17, 2008, 587. (R).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, N° 17, 2008, 29.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, N° 19, 2009, 697. (CJ).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, N° 17, 2008, 49.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez*, N° 19, 2009, 397.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369. (R).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.
- OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, N° 17, 2008, 385.
- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.
- OTERO, Jorge Miguel, y POHLI, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425. (CJ).
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 393. (R).
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
- PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.
- PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N° 2003, 385.

- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, N° 18, 2008, 539.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
- PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, N° 19, 2009, 585.
- PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.
- PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
- PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
- PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, Separata N° 16, 2007, 113.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 17, 2000, 315.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada*, Corte Suprema, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577. (CJ).
- PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil*, N° 18, 2008, 299.
- POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal*, N° 7, 2003, 61.

- QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, N° 18, 2008, 371.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional*, 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305. (CJ).
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil*, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489. (CJ).
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos*, N° 6, 2002, 305.
- REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo*, 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo*, 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo*, 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 295.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura*, N° 12, 2005, 123.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 395. (VA)
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 13.
- RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa*, 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317. (CJ).
- RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, N° 17, 2008, 433.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal*, N° 19, 2009, 79.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239. (CJ).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho*, N° 10, 2004, 355. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho*, N° 12, 2005, 237. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho*, N° 16, 2007, 504. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008, Facultad de Derecho*, N° 18, 2008, 626. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados*, N° 19, 2009, 787. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 545. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, N° 17, 2008, 562. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich*, N° 19, 2009, 801. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 345. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda*, N° 18, 2008, 107.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial)*, N° 17, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después")*, N° 18, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La crisis del derecho internacional)*, N° 8, 2003, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal)*, N° 7, 2003, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: reforma Procesal Civil)*, N° 5, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, N° 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal*, N° 12, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral*, N° 9, 2004, 207.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad*, N° 1, 2000, 55.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 265.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 227.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas*, N° 5, 2002, 275.

- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.
- ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, N° 18, 2008, 535.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, N° 6, 2002, 45.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral*, N° 19, 2009, 703. (CJ).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva de Pablo Rodríguez Grez*, N° 1, 2000, 321. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley*, N° 17, 2008, 89.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, N° 17, 2008, 550. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 365. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.
- SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.
- SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.
- SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, N° 17, 2008, 601. (R).

- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, N° 17, 2008, 351.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, N° 18, 2008, 413.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 497. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 529. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 619. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 779. (VA).
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.
- SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional*, N° 18, 2008, 189.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.
- SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, N° 6, 2002, 13.
- TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.
- TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, N° 19, 2009, 127.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara N° 16, 2007, 65.
- THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.
- THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417. (CJ).
- UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, N° 18, 2008, 499.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
- UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479. (CJ).

- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo jurídico, de Danilo Zolo*, N° 1, 2000, 341. (R).
- VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador*, N° 19, 2009, 373.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, N° 18, 2008, 247.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, N° 5, 2002, 349.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconversión*, N° 6, 2002, 327.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado*, N° 19, 2009, 33.
- VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 544. (R).
- VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, N° 17, 2008, 560. (R).

- VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, N° 17, 2008, 549.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 2, 2000, 371. (VA)
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, N° 16, 2007, 515. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci*, N° 2, 2000, 437. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista*, N° 1, 2000, 307. (VA).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña*, N° 3, 2001, 359. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger*, N° 14, 2006, 313. (R).

Dirección

**JURIDICA**  
ACTUALIDAD  
**JURIDICA**

**Formulario de Suscripción**

Nombre	
Dirección	Fax
Dirección de despacho	
Comuna	
Ciudad	País
Teléfono	Fax
Profesión/Carrera	
Universidad/Instituto	
Empresa/Institución	
Giro	
R.U.T.	E-mail

**Tipo de Suscripción**

Nueva     Renovación     1 Año     2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

**"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."**

por la suma de \$ \_\_\_\_\_ por suscripción (es)

**Tipo de Documento**

Boleta     Factura

<b>SUSCRIPCION*</b>	<b>1 AÑO (2 Revistas)</b>	<b>2 AÑOS (4 Revistas)</b>
<b>Nacional</b>	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

**EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Avda. La Plaza 700  
Santiago / Chile.  
Fono 56-2-299 92 71  
Fax: 56-2-299 92 71  
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456  
Concepción / Chile.  
Fono 56-41-268690  
Fax: 56-41-268669  
E-mail: cferrando@udd.cl



**ACTUALIDAD JURIDICA** pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.



**Universidad**  
SANTIAGO

**BIBLIOTECA UDD SCL**



**R011811**