ACTUALIDAD JURIDICA

Año XI N°22 Julio 2010

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Efectos de la jurisdicción constitucional en el ordenamiento jurídico chileno

•

El recurso de casación en el fondo y el proyecto de nuevo Código Procesal Civil

•

¿Hacia un estatuto jurídico especial de la responsabilidad profesional?

Universidad del Desarrollo

SANTIAGO – CONCEPCION

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
HEMEROTECA

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XI, N° 22 - Julio 2010

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

012618

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

- **Presentación** 5

Tema central: *Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno*

- **Constitucionalización del derecho.** P. Rodríguez G. 9
- **Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre su evolución histórica en Chile.** E. Navarro B. 21
- **Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: una propuesta para enriquecer el debate nacional.** S. Verdugo R. 55

Ensayos y Estudios

- **Responsabilidad profesional.** P. Rodríguez G. 103
- **Las asociaciones gremiales.** J.M. Sarroca P. 155
- **Una experiencia de examen de casos.** H. Rosende A. 167
- **Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas.** F. Pfeffer U. 181
- **El acceso a la justicia y la inversión extranjera.** C. Hecker P. 205
- **Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo.** M.F. Juppet E. 215
- **Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación.** L. Villablanca C. 237
- **De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: aspectos constitucionales y de diseño regulatorio.** J.F. García G. – S. Verdugo R. 263
- **Lecciones para el sistema de garantías en Chile: el modelo argentino.** A. Alamos V. 307
- **El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil.** M. Rojas S. 315
- **El certioriari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema.** J. Delgado C. 361
- **Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental.** J.L. Varela D. 377
- **Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE.** R.F. Campusano D. 411
- **Nueva institucionalidad ambiental.** C. Boettiger P. 429
- **Los hechos jurídicos.** B. Caprile B. 457

012618

• **Contra-razones de la declaración de los derechos del hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno.** J. Alvear T. 497

Análisis Jurisprudencial

• **Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral.** H. Fábrega V. 527

Actividades de las Facultades

• **Santiago.** T. Siles D. 535
• **Concepción.** S. Arcas A. 543

Libros, Resúmenes y Recensiones

• **Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo, de William Thayer Arteaga.** D. Yáñez T. 551
• **Índice Revista *Ius Publicum* N° 24** 555

Índice Revistas (N°s 1-21)

• **Índice General Revista *Actualidad Jurídica* N°s 1-21.** E. Andrades R. 559

Presentación

La presente edición de *"Actualidad Jurídica"*, correspondiente al N° 22, trata, como tema principal, la evolución e importancia que, para el derecho en general, reviste la tarea que realiza actualmente el Tribunal Constitucional. La reforma introducida a la Carta Fundamental por la Ley N°20.050, de 26 de agosto de 2005, ha permitido a esta judicatura declarar no sólo inaplicable un precepto legal –materia de la cual conocía hasta entonces la Corte Suprema en pleno–, sino que sancionar, además, luego de la declaración de inaplicabilidad, la inconstitucionalidad de dicho precepto, expulsándolo del ordenamiento jurídico sin efecto retroactivo. A partir de esta reforma se ha hecho realidad el espíritu de hacer primar en nuestro ordenamiento el principio de "supremacía constitucional". Dichas normas, su interpretación y los medios para atacar su quebrantamiento, constituyen hoy día, sin duda, un baluarte para el perfeccionamiento de nuestro "Estado Derecho". Durante largo tiempo se objetó el hecho de que la inaplicabilidad, atendido el carácter relativo de la sentencia, limitaba los efectos del reproche de inconstitucionalidad, dejando indefinidamente subsistente la oposición entre el precepto legal objetado y la norma constitucional. Esta anomalía ha quedado subsanada a partir de la reforma constitucional indicada.

Como parece natural, la nueva normativa ha suscitado dudas y debates, a los cuales no se han restado ni siquiera los miembros de esta jurisdicción, sin perjuicio de haber consignado, en numerosos votos disidentes, opiniones encontradas. Por lo mismo, creemos hallarnos en una etapa de transición que abre paso a nuevas tendencias que, por su naturaleza, estimulan la confrontación y el análisis crítico.

Estimamos, por ende, que somos testigos de una reforma que calará muy hondo en el derecho chileno. Desde luego, las normas constitucionales han permeado todas las ramas de la ciencia jurídica, erigiéndose en principios inviolables que orientan la aplicación de las leyes, incluso por medio de recursos especiales destinados a dar primacía a los derechos fundamentales por sobre toda otra disposición. Asimismo, la circunstancia de legitimar activamente en el "recurso de inaplicabilidad" a las partes que intervienen en la gestión y al juez –pudiendo éste obrar de oficio–, y dar a la "acción de inconstitucionalidad" carácter popular, sin perjuicio de la iniciativa del propio Tribunal Constitucional, ha permitido ampliar considerablemente el campo de acción de esta judicatura,

operando una constante revisión de aquellas normas que parecen contravenir el mandato constitucional.

En suma, a partir de la reforma del año 2005, el sistema legal chileno ha profundizado, aun más, la influencia del derecho constitucional, proyectándose como la rama más invasiva entre las diversas manifestaciones del ordenamiento jurídico. De aquí que estimáramos indispensable abordar este fenómeno como tema principal de nuestra revista.

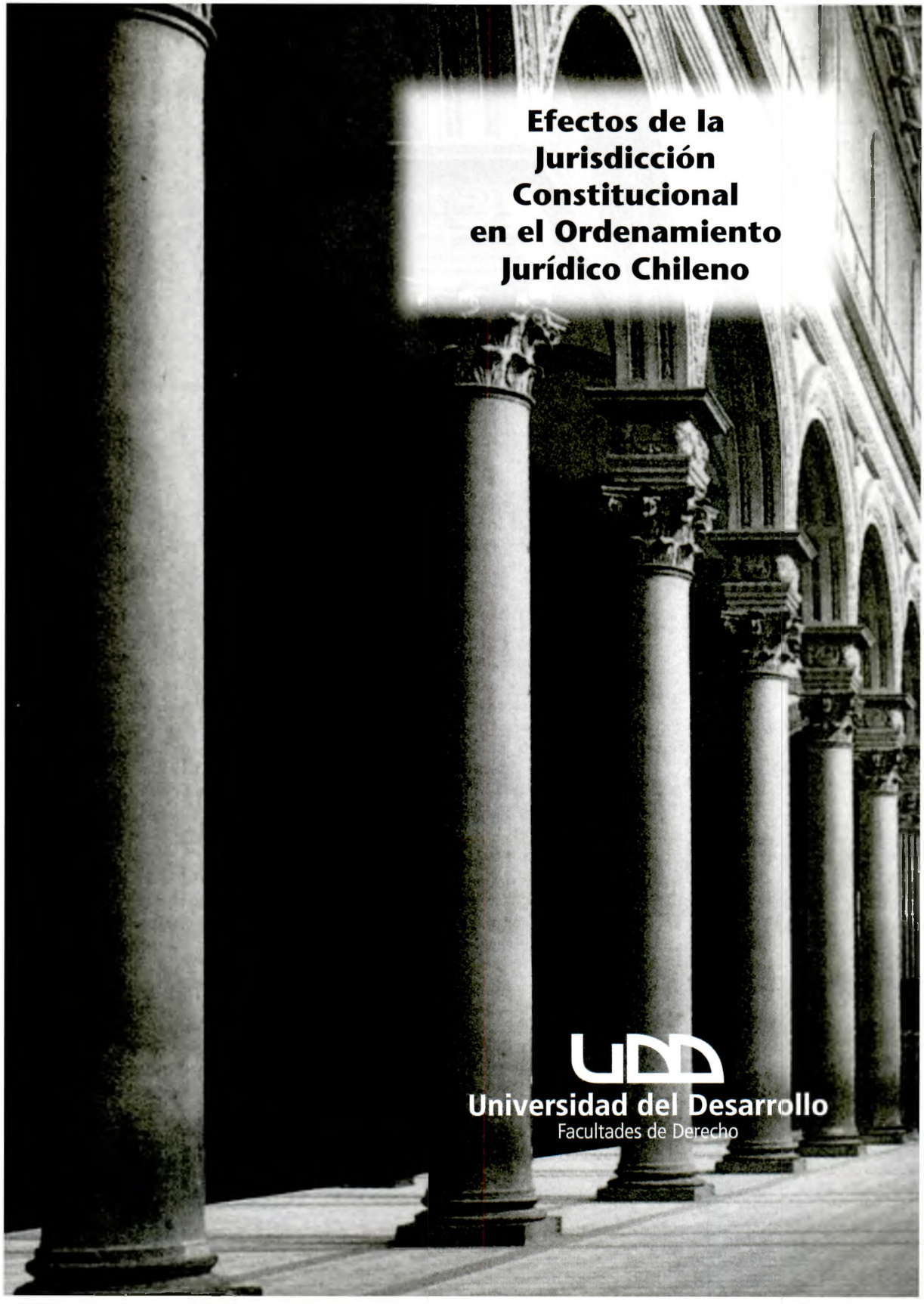
Paralelamente, creemos que en los próximos años se intensificará la preocupación de la doctrina y la jurisprudencia por todo lo concerniente a la "responsabilidad profesional". Algunos rasgos peculiares de ella permiten augurar que esta temática irá configurando un "estatuto jurídico especial" que gravitará poderosamente en la actividad profesional, la cual, a su vez, se va extiendo a casi todas las actividades productivas. La llamada "profesionalización del proceso productivo" traerá aparejada, inevitablemente, una nueva concepción de la responsabilidad respecto de quienes intervienen en la actividad económica al amparo de un título profesional. En muy corto espacio de tiempo, la responsabilidad profesional se extenderá a todas las funciones reservadas, por ley, a quienes requieren de un grado académico para intervenir en ellas. Es hora, entonces, de abocarse a su estudio con mayor rigor y profundidad.

Finalmente, nuestros lectores encontrarán en esta edición interesantes artículos sobre el recurso de casación en el fondo y la futura reforma procesal civil, sobre el derecho de regulación en Francia, sobre la institucionalidad ambiental y las obligaciones asumidas por Chile derivadas de su ingreso a la OCDE, sobre los derechos fundamentales y la génesis del constitucionalismo moderno, sobre nuevos deberes informativos y el concepto de información privilegiada y varios otros temas igualmente atrayentes.

"Actualidad Jurídica", fiel a su propósito fundacional, invita, una vez más, a abogados, profesores, magistrados y estudiantes a conocer estos trabajos e incorporarse en el futuro a estas páginas, que entregamos a nuestros lectores semestralmente con la intención de incentivar el análisis, la reflexión crítica y la investigación jurídica.

EL DIRECTOR

Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Constitucionalización del derecho

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Resumen: El presente trabajo aborda tres cuestiones relativas a la función del Tribunal Constitucional. En primer lugar, se analiza la distinción entre la calificación *in concreto* de la infracción constitucional (que se realiza por medio del recurso de inaplicabilidad); y la calificación *in abstracto* (que se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad), observándose que la primera importa la intromisión de la Magistratura Constitucional en las facultades exclusivas del juez ordinario o especial que conoce de la gestión en que incide el recurso de inaplicabilidad. En segundo lugar, se analizan los efectos de la declaración de *inconstitucionalidad,* negándose que puedan ser asimilados a la derogación de la ley. En tercer lugar, se alude a la teoría de la interpretación constitucional, afirmándose que ella no es ajena a la teoría general ni a los elementos contenidos en nuestro Código Civil para la ejecución de esta tarea.

* * *

Hablar hoy de la constitucionalización del derecho no es una novedad. Se trata de un fenómeno que se abre paso a partir de la Constitución Política de 1980 y que ha seguido un curso progresivo e invasor. Podría sostenerse que ninguna rama de nuestro sistema jurídico ha escapado a esta nueva tendencia. Dos han sido los factores que han contribuido a afianzar esta realidad: la renovación de la Carta Política y sus sucesivas modificaciones; y el establecimiento de los medios para hacer valer el principio de supremacía constitucional (recursos y acciones). En este contexto, la transferencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad –de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional– ha tenido un efecto importantísimo y ha permitido transformarlo en un medio idóneo y efectivo para hacer valer e imponer el mandato del constituyente. No es exagerado sostener que históricamente la Corte Suprema fue renuente en la función de hacer primar las normas de la Carta Política por sobre el mandato de los preceptos legales. De aquí que perdiera el ejercicio de una potestad de tanta trascendencia. Esta experiencia no es desdeñable para muchos otros organismos que por tradicionalismo, pereza, purismo formal o un mal entendido rigor procedimental, abdican de sus atribuciones o las ejercen limitadamente, desvirtuándolas. Algo semejante ocurrió con el recurso de amparo económico

y con el recurso de protección, destinado a dar celeridad a la actividad jurisdiccional y adecuar las decisiones judiciales y administrativas a las urgencias de nuestro tiempo. Nada de ello, lamentablemente, fue considerado por nuestros tribunales superiores a la hora de resolver en materia constitucional. En el último tiempo, probablemente fruto de la renovación generacional de los jueces y de la experiencia recién aludida, parece haberse revertido esta tendencia, lo cual puede resultar alentador y beneficioso para quienes buscan una justicia oportuna y de calidad, sin sacrificar los valores en que ella se sustenta.

Nos interesa, frente al fenómeno que se plantea (constitucionalización del derecho), analizar tres cuestiones que estimamos esenciales: el alcance del recurso de inaplicabilidad como calificación *in concreto* de la infracción constitucional; los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto previamente declarado inaplicable; y la creación de una teoría especial sobre la aplicación (interpretación) de la norma constitucional. Se trata de materias vastamente discutidas que, sin embargo, es conveniente actualizar, de tiempo en tiempo, atendidas sus proyecciones.

A. Calificación *in concreto* de la infracción constitucional

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha consagrado la diferencia que existe entre la calificación *in concreto* de la infracción de la norma constitucional (inaplicabilidad) y la calificación *in abstracto* de la misma (inconstitucionalidad). En el primer caso se trata de analizar la **contradicción** entre el texto legal y el texto constitucional en el marco del caso al cual ha de aplicarse, deduciendo de ello que es posible visualizar la **contradicción** cuando la norma legal tenga una cierta aplicación que contraviene el mandato del constituyente. En el segundo caso, la **contradicción** se produce entre dos normas (legal y constitucional), siendo indiferente el contexto en que la primera pueda aplicarse, ya que, cualquiera que éste sea, subsistirá la incompatibilidad racional.

De lo dicho se sigue que tratándose del reproche *in concreto* sólo se infringe el texto constitucional bajo el supuesto de su aplicación en un determinado sentido, excluyéndose su infracción en los demás casos. Por lo mismo, el texto legal puede ajustarse o contradecir la Carta Fundamental, simultáneamente, según se desprenda de la forma y en el contexto fáctico en que se aplique. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado: *"Que ceñido a la doctrina permanente sostenida por esta Magistratura, el requerimiento de inaplicabilidad no implica un control abstracto de constitucionalidad de ciertos preceptos legales, consistente en contrastar el texto de la norma impugnada con el de la Carta Fundamental, sino un examen concreto, para lo cual es necesario determinar si tales preceptos, de ser aplicados en la gestión pendiente, producen o no efectos contrarios a la Ley Suprema, característica que singulariza al actual requerimiento de inapli-*

cabilidad y lo diferencia del contemplado en la Constitución con anterioridad a la reforma contenida en la Ley N°20.050, de 2005". Esta posición ha sido sostenida invariablemente por el Tribunal Constitucional en su nutrida jurisprudencia.

La cuestión planteada tiene, a nuestro juicio, dos graves inconvenientes lógicos que no pueden dejarse pasar y que merecen un análisis detenido.

El primero consiste en que le está vedado al Tribunal Constitucional, al conocer del recurso de inaplicabilidad, **optar por una entre varias posibles aplicaciones de la norma legal,** ya que ello es función exclusiva del Juez que conoce del proceso o gestión judicial de que se trata. En segundo lugar, no puede el Tribunal Constitucional tampoco –que es lo que en verdad sucede– **excluir anticipada e hipotéticamente una cierta interpretación** porque ella contraviene el mandato del constituyente. En ambos casos el Tribunal Constitucional invade las funciones propias del juez e incursiona en un área propia de la potestad jurisdiccional ordinaria o especial.

Lo que señalamos está directamente relacionado con el contenido del texto constitucional. En efecto, el artículo 93 de la Carta constitucional regula el recurso de inaplicabilidad en los siguientes términos: *"En el caso del número 6°* (<inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución>), *la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de un gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda ser decisiva en la resolución del asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad".* Al parecer, la propia Carta Fundamental se encarga de destacar que la inaplicabilidad debe declararse cuando *"la aplicación"* del precepto impugnado resulte contraria a la Constitución, aludiendo a que éste *"pueda ser decisivo en la resolución del asunto".* Así las cosas, da la impresión de que sería el Tribunal Constitucional el llamado a resolver cuándo el precepto legal resulta decisivo para la decisión del asunto sobre que versa la gestión en que incide la inaplicabilidad, lo que permite medir, en toda su magnitud, la intromisión de la Magistratura Constitucional en lo que es de dominio exclusivo del juez ordinario o especial.

No creemos que la posición sustentada a este respecto por la Magistratura Constitucional corresponda a la intención y espíritu de la Ley Suprema. En efecto, si para hacer lugar al recurso de inaplicabilidad debe definirse, previamente, una entre varias interpretaciones que "puede" el juez dar al precepto legal

impugnado, ello implica realizar una función que es privativa de la judicatura ordinaria o especial. Lo anterior por cuanto, al optar la jurisdicción constitucional por aquella interpretación que pugna con la norma superior, clausura, anticipadamente, toda otra interpretación (ya que la ley se declara inaplicable para el caso planteado). De lo dicho se sigue que sólo sería posible acoger un recurso de inaplicabilidad cuando la norma tiene una sola interpretación posible y ésta pugna con la norma constitucional. Si el precepto legal tiene varias interpretaciones, como sucederá en la inmensa mayoría de los casos, disponer su inaplicabilidad resultaría aberrante, teniendo en cuenta que puede el juez, en el ejercicio de sus funciones, aplicar la norma en el sentido que no afecte la norma constitucional. ¿Cuándo una disposición legal tiene una sola interpretación en relación al precepto constitucional invocado? Es obvio que ello ocurre cuando la contradicción que se observa se aprecia *in abstracto,* no dejando espacio a ninguna forma de aplicación que esquive aquella contradicción.

En otras palabras, si es posible distinguir en un precepto legal varias interpretaciones, puede ocurrir que una de ellas pugne con la Carta Fundamental, en cuyo caso procedería acoger el recurso de inaplicabilidad, siempre que se juzgue que esta interpretación resulta decisiva en la resolución del asunto. Ambas cosas (la determinación de las diversas interpretaciones y la selección de aquella que resulta decisiva para resolver el asunto) son de competencia exclusiva y excluyente del juez que conoce de la gestión que da lugar a la inaplicabilidad. Paralelamente, al declararse el precepto inaplicable quedan clausuradas automáticamente, como se dijo, las demás interpretaciones que no afectan el mandato constitucional.

Podría pensarse que es el Tribunal Constitucional el llamado a resolver cuándo el precepto legal impugnado "pueda(e) resultar decisiva(o) en la resolución de un asunto", según reza la disposición constitucional. Esta facultad no permite adentrarse en la función jurisdiccional del juez ordinario o especial, porque se trata de una exigencia más formal que sustancial, que pesa sobre quien recurre a este procedimiento para hacer realidad el principio de supremacía constitucional, expresando por qué el precepto legal resulta decisivo para la resolución del asunto sobre que versa la gestión. Por lo tanto, es el recurrente de inaplicabilidad el llamado a sostener que el precepto impugnado "puede resultar decisivo en la resolución del asunto", no el Tribunal Constitucional. Se trata, por lo mismo, de un presupuesto de admisibilidad que recae en quien reclama la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Lo que señalamos queda en evidencia si se considera que el juez, al interpretar (aplicar) la norma, debe seleccionar aquel alcance y sentido que mejor cuadre con el mandato constitucional. Se trata, entonces, de una cuestión esencialmente interpretativa, que cae de lleno en la órbita de los tribunales que conocen de la gestión a que da lugar el recurso de inaplicabilidad. La doctrina

jurídica ha sostenido, invariablemente, que al escoger el sentido y alcance que se da a un precepto legal, debe preferirse siempre aquel que mejor se avenga con la norma constitucional y desechar aquel que la vulnera. Lo indicado por aplicación del elemento *sistemático* de interpretación, conforme al cual debe existir entre todas las normas que integran el sistema la *"debida correspondencia y armonía"*, muchísimo más tratándose de aquellas de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico.

Como puede constatarse, el Tribunal Constitucional, sin amparo dogmático, ha extendido su competencia más allá de lo que le corresponde. Si un precepto constitucional, en cualquier hipótesis fáctica, puede aplicarse sin contravenir la Carta Fundamental, no debe declararse inaplicable, porque, entonces, no hay una contravención insalvable que excluya su poder vinculante. En el supuesto que, con una determinada interpretación, el precepto legal vulnere una disposición constitucional, lo cual no ocurre al amparo de otra interpretación, no se da en la especie una contravención que permita declararlo inaplicable. En esta hipótesis, es el juez quien aplica erradamente el derecho y ello sólo puede corregirlo la instancia superior por medio de los recursos judiciales.

En síntesis, la distinción entre inconstitucionalidad *in concreto* e inconstitucionalidad *in abstracto* se nos presenta como una creación del Tribunal Constitucional, extendiendo con ello considerablemente el ámbito de su competencia, pasando por encima de lo que constituye la esencia del ejercicio de la jurisdicción de los tribunales ordinarios y especiales e invadiendo un campo que es propio del juez. La contradicción entre la norma legal y la norma constitucional debe apreciarse siempre *in abstracto*. Ese es el campo en que debe desenvolverse la jurisdicción constitucional. En consecuencia, lo sustentado por el Tribunal Constitucional, en esta materia, se aparta, a nuestro juicio, de los pilares del sistema jurídico nacional.

B. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La llamada acción de "inconstitucionalidad", instituida en el N° 7 del artículo 93 de la Carta Fundamental, en oposición al recurso de inaplicabilidad, tiene rasgos propios que, como es sabido, se incorporan al texto constitucional a través de la Ley N° 20.050 de 2005. No entraremos a analizar sus requisitos ni exigencias, pero sí parece importante definir algunos de sus efectos.

Desde luego, se trata de "eliminar" (excluir) un precepto legal del ordenamiento normativo, cuando éste es considerado contrario a la Carta Fundamental, siempre que concurra un quórum de los 4/5 de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional. La acción de "inconstitucionalidad", por lo tanto, afecta a los poderes colegisladores, que han sancionado una norma en oposición al

mandato del constituyente. Se zanjó de esta manera un antiguo debate que hizo decir a muchos comentaristas que era absurdo que una sentencia de inaplicabilidad estuviera limitada a las partes que intervenían en el recurso y careciera de efectos generales.

La acción de inconstitucionalidad, por otra parte, ha servido para justificar la distinción entre el *examen abstracto* y el *examen concreto* del reproche formulado al precepto objetado por contravenir lo dispuesto en el texto constitucional. Aparece así la acción de inconstitucionalidad vinculada al examen abstracto y el recurso de inaplicabilidad vinculado al examen concreto.

No cabe duda que, en este caso, nos hallamos ante un hecho extremo, ya que un órgano jurisdiccional pone fin a la vigencia de una norma legal, lo cual difiere absolutamente del alcance tradicionalmente dado al recurso de inaplicabilidad que deja a salvo el ejercicio de la potestad legislativa al pronunciarse sobre el poder vinculante de la norma en la gestión particular sometida a consideración de la jurisdicción constitucional. Por lo mismo, mientras la acción de inconstitucionalidad opera ***erga omnes***, el recurso de inaplicabilidad tiene un efecto doblemente ***relativo***, ya que se extiende a las partes que intervienen en la gestión pendiente y recae solamente en la cuestión comprendida en ella.

A propósito de sus efectos, el constituyente se limitó a declarar que *"el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2* (autos acordados dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones), *4* (decretos con fuerza de ley) *y 7* (preceptos legales declarados inaplicables), *del artículo 93, se* ***entenderá derogado*** *desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo".* En otros términos, el precepto declarado inconstitucional es *expulsado del ordenamiento jurídico,* lo cual implica la extinción de su vigencia. El referido efecto, en consecuencia, debe ser asimilado a la derogación expresa de la norma legal *("se entenderá derogado")* desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

Ciertamente no se trata –stricto sensu– de una derogación en los términos del artículo 52 del Código Civil, pero, como se dijo, se **entiende** como equivalente a ella. De lo señalado podría deducirse, entonces, que son aplicables las normas que regulan la derogación de la ley y, particularmente, lo que sobre el particular preceptúa la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. La propia Constitución previene sobre que la sentencia que acoge el reclamo *"no producirá efecto retroactivo"*, vale decir, operará hacia el futuro sin afectar lo ocurrido antes de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Recordemos que la citada Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes comienza señalando que *"Los conflictos que resultaren de leyes dictadas en diversas épocas se decidirán con arreglo a las*

disposiciones de la presente ley". Por ende, forzoso resulta reconocer que ninguna de las normas que integran este estatuto desconoce el "efecto inmediato" de la ley derogatoria, pero permite, sin embargo, sostener la subsistencia de la ley derogada en casos excepcionales.

Recordemos a este respecto que existen situaciones especiales que ameritan un examen más detenido. Por ejemplo, el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes confiere a la ley derogada, excepcionalmente, efecto ultractivo. El artículo 22 de la misma expresa que *"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1.° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y 2.° Las que señalan penas para el caso de de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido"*. ¿Qué sucede cuando una norma es expulsada del sistema normativo por medio de una sentencia recaída en acción de inconstitucionalidad? ¿Prevalece la norma "expulsada" como parte de los contratos celebrados antes de su extinción? Lo propio podría decirse de lo previsto en el artículo 25 de la misma normativa, cuando señala que *"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente; pero si eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir"*. ¿Es dable afirmar que subsiste esta facultad en favor del prescribiente cuando éste comenzó a poseer en conformidad a una ley posteriormente expulsada del sistema jurídico por contravenir lo previsto en la Carta Fundamental?

Creemos nosotros que si bien la propia Constitución dispone que la ley expulsada *"se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo"*, no nos encontramos ante una derogación propiamente tal, ni puede asimilarse dicha sentencia a una ley derogatoria. Más aún, la sola circunstancia que el mandato constitucional exprese que la sentencia *"no producirá efecto retroactivo"* obliga a considerar que nunca, bajo ninguna circunstancia, puede admitirse que la "ley expulsada" produzca efecto alguno a partir de la notificación de la sentencia que acoge la acción de inconstitucionalidad (publicación en el Diario Oficial). Para avalar esta interpretación debe atenderse al hecho de que la sentencia que acoge la acción de "inconstitucionalidad" representa una sanción –contravención a la Carta Fundamental– y reconoce que la ley expulsada nunca ha formado legítimamente parte del sistema normativo, de manera que mal puede ella producir algún efecto. Como es obvio, sólo subsistirán aquellas situaciones cubiertas por la cosa juzgada, atendida su finalidad y el hecho de ser uno de los fundamentos del orden público.

En consecuencia, declarada la inconstitucionalidad y notificada la sentencia respectiva en la forma dispuesta en la propia Carta Política, la ley expulsada

desaparece del sistema normativo, sin que pueda sostenerse que ella subsiste de manera alguna, como ocurre, excepcionalmente, tratándose de una ley derogada.

Otra materia difícil de resolver consiste en definir la situación de una ley interpretativa constitucional, orgánica constitucional o de un tratado internacional que verse sobre materias propias de aquélla, habida consideración de que esta normativa ha sido objeto de un examen preventivo de constitucionalidad (artículo 93 N°1 de la Constitución). ¿Puede declararse la inconstitucionalidad de estas normas? ¿El examen preventivo de constitucionalidad cancela la posibilidad de ejercer la acción de inconstitucionalidad? Desde luego, siguiendo la doctrina de la Magistratura Constitucional, nada impide que se intente un "recurso de inaplicabilidad", sobre la base de una interpretación que vulnera la Carta Fundamental, existiendo otras que no incurren en ello. Pero no sucede lo mismo tratándose de la "acción de inconstitucionalidad", porque tanto el examen preventivo a que se refiere el N° 1 del artículo 93, como la calificación entre el precepto legal y la norma constitucional operan *in abstracto,* según se ha dicho. En consecuencia, no es posible demandar del Tribunal Constitucional decisiones contradictorias, en circunstancias de que se trata de un mismo precepto y de un examen de la misma naturaleza. Por lo mismo, creemos que la acción de inconstitucionalidad no procede tratándose de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales o de tratados internacionales que versan sobre materias propias de aquéllas.

De más está agregar que la situación que se analiza presenta varias otras aristas que, a juicio nuestro, deben resolverse a la luz del principio antes enunciando. Reconozcamos que la modificación del año 2005 no fue feliz en esta parte, ya que la aparente asimilación de la sentencia de inconstitucionalidad con la derogación más bien confunde que aclara. Tampoco dio esta reforma mayores luces respecto de los efectos del examen preventivo de constitucionalidad en relación a la acción de inconstitucionalidad prevista en el N°7 del artículo 93 antes citado.

C. Interpretación constitucional

La tercera cuestión que queremos comentar dice relación con el esfuerzo que han desplegado los constitucionalistas para crear una teoría propia sobre la interpretación constitucional, distanciándose de las teorías tradicionales, incluso de los elementos que le sirven de fundamento. Existe sobre esta materia una especie de recelo respecto de las teorías civilistas sobre la interpretación, sin advertir que se trata de un capítulo que concierne a todas las ramas del derecho y que la uniformidad en su tratamiento favorece por igual a todas ellas.

Un destacado autor, Patricio Zapata Larraín, ha escrito sobre este particular: *"La primera tentación a la que está expuesto el intérprete chileno de la Constitución consiste en adoptar como metodología única y exclusiva el conjunto de reglas de hermenéutica que contiene el Código Civil en sus artículos 19 a 25. En el caso de jueces y autoridades en general, tal parece ser, por lo demás, la única solución ajustada a derecho. Mal que mal, el Código Civil es una ley, y, como tal, obliga a todos los órganos del Estado".* Acto seguido, este autor recuerda que esta tendencia se ha presentado en aquellos países cuyos Códigos Civiles, como el nuestro, contienen normas sobre interpretación (España, Austria, Italia), manifestando sobre este punto que *"El problema de esta fórmula es que no resulta claro por qué razón la interpretación de las normas jurídicas supremas debiera someterse o subordinarse a reglas contenidas en normas jurídicas de jerarquía inferior. Algunos han intentado superar este problema sosteniendo derechamente que las reglas de interpretación, aun cuando formalmente estén ubicadas en una ley simple, serían, sin embargo, materialmente, parte de la Constitución Política".* Continúa Patricio Zapata afirmando que *"La noción de constitución material resulta difícil de aceptar en nuestro derecho. No queda claro, por lo demás si esa especial calidad le está reservada en exclusiva a las reglas redactadas por Andrés Bello, o si, también, sería extensiva a un conjunto de nuevos criterios que pudiera aprobar el legislador actual".* Siempre en busca de una fórmula coherente, Patricio Zapata, agrega que *"Es cierto, en todo caso, que las normas del Código Civil sobre interpretación de las leyes tienen naturaleza 'sui generis'. Tanto así, que muchos dirán que, en verdad, no se trata de leyes. En efecto, y por el hecho de aspirar a mandar, prohibir o permitir sobre la forma en que se razona, estas normas presentan complejidades prácticas y teóricas no menores. Natural consecuencia de esa situación peculiar es el hecho de que no pueda impugnarse por la vía de la casación una errada interpretación sobre las normas de interpretación. No obstante, y sin perjuicio de su especificidad evidente, las reglas de interpretación del Código Civil siguen teniendo jerarquía de ley y, como tales, están sujetas a la supremacía constitucional. Por lo mismo, si la Constitución Política contuviera, explícita o implícitamente, sus propias reglas de interpretación jurídica, estas deberían ser preferidas antes que las reglas del Código Civil".* El autor cuyo pensamiento invocamos alude, enseguida, al criterio sustentado por el Tribunal Constitucional sobre las pautas de interpretación de la Carta Política. Señala Patricio Zapata en su análisis que *"El TCCh* (Tribunal Constitucional de Chile) *ha reivindicado expresamente la existencia de criterios de interpretación dimanados directamente de la Carta Fundamental, los que deben ser seguidos aun cuando aparecieren en conflicto con las reglas del Código Civil. Así, en 'Restricción Vehicular', el TCCh señaló: 'Que una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes, no reciben aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del*

texto que se interpreta, <pues a diferencia de las leyes ordinarias, la Constitución es una superley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho> (Lucas Verdú Pablo, 'La interpretación Constitucional' Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, p.143".

Don Alejandro Silva Bascuñan da a las disposiciones del Código Civil el carácter de *"instrumentos auxiliares"*, susceptibles de utilizarse en el campo constitucional. *"Ahora bien, en orden a que los principios, reglas o pautas han de prevalecer en la hermenéutica, al practicarse la exégesis de los preceptos pertinentes, no resultará siempre acertado acudir para ello a la aplicación de los que tienen vigor respecto de las normas jurídicas de rango inferior al constitucional, como, por ejemplo, las que el Código Civil chileno señala para la interpretación de la ley común u ordinaria (párrafo 4° del Título Preliminar, arts. 19 a 24). Estas tienen por vocación específica ayudar a la resolución de cuestiones o controversias que giran en torno al derecho privado. En éste, en efecto, dada su índole, se juegan situaciones o intereses individuales o aun de asociaciones o grupos particulares; en tanto que cuando se discute en torno a una norma de jerarquía constitucional, se comprometen en la decisión conjuntamente valores trascendentales vinculados al bien común público y, por lo tanto, repercuten en todos los miembros de la sociedad política. Lo que acaba de sostenerse no puede entenderse como que niegue la potencialidad que tienen los preceptos aplicables a la interpretación del derecho privado de servir de instrumentos auxiliares perfectamente utilizables, siempre que tratándose de cuestiones de derecho público no se pierda la mira básica que obliga a inspirar la conclusión tomando en cuenta las consecuencias que afecten a toda la comunidad"*. El mismo autor comienza analizando, en primer lugar, conforme la idea expuesta, el "criterio exegético" de la norma constitucional, señalando que *"es, sin duda, el que 'deriva de las reglas gramaticales' a la luz de las palabras empleadas, de los giros verbales, de la sintaxis que coordina el sentido. En principio, los vocablos han de tomase en su acepción natural y obvia, según el lenguaje común"*. El profesor Silva Bascuñan, introduciendo ciertas especificidades propias del campo constitucional, examina a continuación los elementos lógico, histórico y sistemático, haciendo prevalecer siempre la "razón teleológica" de la norma, esto es la finalidad que persigue el constituyente. Concluye sus reflexiones con el siguiente párrafo: *"Ahora bien, si ha ocurrido una profunda variación fáctica entre la conocida al tiempo de expresarse la voluntad del constituyente y la que se presenta al aplicar el precepto, y por ello no puede cumplirse la clara finalidad buscada por el texto, no puede hacerse prevalecer el tenor literal, sino que habrá de buscarse otro criterio interpretativo hasta que se*

llega a dar primacía a lo que el constituyente quiere".

Como puede comprobarse, no hay incompatibilidad alguna entre las reglas interpretativas del Código Civil y lo que los autores consideran preponderante a la hora de desentrañar el verdadero sentido y voluntad de la norma constitucional, aun cuando se atribuya a lo prescrito en nuestro Código Civil el carácter de "instrumento auxiliar".

En mérito de lo señalado, no estamos de acuerdo con el planteamiento del Tribunal Constitucional. La "interpretación formal", destinada a desentrañar el verdadero sentido y alcance del mandato general y abstracto expresado en la ley, la Constitución o el reglamento, obedece a las mismas reglas y emplea los mismos elementos. Con todo, el intérprete es el llamado a dar, en cada caso, mayor o menor preponderancia a uno u otro, dependiendo de la rama del derecho en que actúa. Para conocer el contenido del mandato normativo deberá, inevitablemente, recurrirse al elemento literal, lógico, sistemático o histórico y sólo subsidiariamente a los "principios generales de derecho" o la "equidad natural", como lo dispone el artículo 24 del Código Civil. La amplitud de todos estos elementos permite al intérprete desplazarse libremente desde las palabras de que se vale el legislador, hasta los fines que persigue, pasando por la reconstrucción del contexto histórico en que la norma fue dictada y la inserción de la misma en el sistema jurídico en su totalidad. No se trata de dar más importancia o menos importancia a las diversas ramas del derecho. La reglas sobre interpretación gravitan por igual en todas ellas, así se trate de la Carta Fundamental, de una ley ordinaria o un reglamento. Nada se ganaría, en consecuencia, si se intentara trasladar las normas del Párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil al texto constitucional. Estamos seguros, aun reconociendo que está pendiente una investigación exhaustiva sobre la materia, que todas las decisiones interpretativas del Tribunal Constitucional se fundan en alguno de los elementos consagrados en el Código Civil.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional nada ha dicho sobre que la interpretación no es más que un mecanismo destinado a "aplicar" la norma, lo cual ocurre así se trate de la Constitución, la ley o el reglamento (normas jurídicas). Cierto es que esa Magistratura está limitada a resolver esencialmente si la norma legal (en su fase de elaboración o de vigencia) contraviene la Carta Fundamental. Tampoco admite el hecho de que la interpretación presenta dos fases diametralmente diversas. La primera –fase formal– tiene por objeto desentrañar el verdadero sentido, alcance, intención, espíritu y voluntad de la norma; la segunda –fase sustancial– persigue la elaboración de una regla jurídica –mandato particular y concreto– que se funda en los elementos normativos que proporciona al intérprete el sistema jurídico. Es aquí en donde puede apreciarse en toda su magnitud la llamada teoría del orden escalonado del derecho, tan brillantemente expuesta por Hans Kelsen.

Lo que caracteriza la interpretación constitucional es la importancia prioritaria que debe darse en ambas fases de interpretación al **elemento lógico**, esto es, a la intención o espíritu de la norma, impregnada de un contenido esencialmente político en el campo propiamente constitucional. No puede desdeñarse a priori ninguno de los demás elementos –histórico, literal o sistemático–, ni puede, tampoco, negarse que predomina el elemento lógico en tanto expresión del sentir o los propósitos políticos que inspiran al constituyente. En este aspecto, creemos nosotros, que la teoría constitucional cobra una especificidad manifiesta, pero no se separa de la teoría general en sus lineamientos gruesos.

En el proceso de elaboración de la regla –fase sustancial– dominará, en consecuencia, un criterio de coherencia axiológica o teleológica, puesto que este criterio apunta a la realización de la intención ínsita en la norma que sirve de fundamento a la regla que se dicta.

Falta en nuestro país un esfuerzo más intenso en orden a fijar algunos conceptos que sirvan para renovar muchas de nuestras prácticas jurídicas, descubrir insuficiencias y proyectar la tarea del jurista por sobre conceptos desgastados o especulaciones inoficiosas e inútiles.

El Tribunal Constitucional, como quiera que se juzgue su acción, es el factor que mayor impulso da a la revitalización del derecho en este momento. A la influencia creciente de la Carta Política en todas las ramas del saber jurídico, debe agregarse una jurisprudencia actual, laboriosamente trabajada, que abarca parte importante de nuestra institucionalidad. Podemos discrepar en sus decisiones o planteamientos –como ocurre con este comentario–, pero no puede desconocerse que nos ubica en una frontera más avanzada de ciencia jurídica que, hasta hace muy pocos años, era totalmente desconocida en nuestro país. No es exagerado decir, entonces, que la Constitución de 1980, sus modificaciones posteriores y la tarea del Tribunal Constitucional, representan un aporte valioso en el proceso constante de renovación y perfeccionamiento del Estado de Derecho.

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre su evolución histórica en Chile.

Enrique Navarro Beltrán
Ministro del Tribunal Constitucional
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae

Resumen: Bajo un criterio histórico, el presente artículo desarrolla el control de constitucionalidad inserto en la institucionalidad jurídica nacional, su evolución, sus fundamentos y su consagración positiva actual.

* * *

I. El Control Constitucional en Chile en el siglo XIX

1. El sistema norteamericano

Sabido es que los inicios de la justicia constitucional[1] se remontan a principios del siglo XIX en el clásico fallo "Marbury vs. Madison", en 1803, que se resume en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que *"una Ley contraria a la Constitución es nula"*.[2]

Por eso que Hamilton, años antes en *El Federalista*, resaltaba que los tribunales de justicia en Estados Unidos tienen el deber de *"declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución"*[3], puesto que *"debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios"*. Lo anterior, concluye, *"no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras"*.[4]

Como recuerda Tocqueville, al caracterizar dicho sistema judicial, *"los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre*

[1] Una visión histórica del mundo anglosajón en ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, 2ª ed. Santiago, 2006; pp. 216 y ss. Para una perspectiva europea continental vid. MAURO CAPPELLETTI, *La Justicia Constitucional*, México, 2007.

[2] El texto completo en MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE y JULIO GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2006, pp. 93-121. Sobre la materia vid. ZAPATA L., PATRICIO, *Justicia Constitucional, Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, Santiago, 2008.

[3] A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, México, 2006, p. 331.

[4] Ibíd., p. 332.

la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales".[5] Y ello se justifica por la circunstancia que en Estados Unidos *"la Constitución está sobre los legisladores, como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución, preferentemente a todas las leyes".*[6]

2. La Constitución de 1833

En Chile, durante la vigencia de la Carta de 1833, tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Así, el control político era ejercido por el Congreso Nacional, siendo aquél la única forma de resguardar esta supremacía.

Por lo mismo, el texto constitucional precisaba que *"sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos".*[7]

3. La opinión de la doctrina

En dicho contexto no puede resultar extraño que los publicistas más connotados de la época sostuvieran la tesis de que el Poder Judicial debía aplicar la ley, fuera buena o mala, no pudiendo dejarla sin aplicación aunque contraríe la Constitución.

Así lo señala Jorge Huneeus, al hacer presente que los tribunales *"llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la lei sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional".*[8] De este modo, carecen de dicha atribución, *"pues ella los haría jueces del Congreso mismo i les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so pretexto de reputarlas como inconstituciona-*

[5] ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*, 13ª ed., México, 2005, p. 107.

[6] Ibíd., p. 108.

[7] Constitución de 1833, artículo 164. Vid. en VALENCIA AVARIA, LUIS, *Anales de la República*, p. 195. Los artículos 40 y siguientes decían relación con las normas relativas a la formación de la ley. Las anteriores cartas también contenían idénticas disposiciones. Así, la Constitución Provisoria le otorgaba al Senado el velar por la "puntual observancia de esta Constitución" (cap. III, art. 1°). Similar disposición incluye la Constitución de 1822 respecto de la Corte de Representantes, en tanto debe "cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes" (art. 67, 1ª). La Carta de 1823 confiere al Senado Conservador y Legislador el "cuidar de la observancia de las leyes", a la vez que "proteger y defender las garantías individuales" (art. 38 N° 1). Por último, la Constitución de 1828 le otorga al Congreso la "protección de todos los derechos individuales" (art. 46 N° 2), a la vez que la Comisión Permanente, que sesiona estando en receso el Congreso, le atribuye especialmente "velar por la observancia de la Constitución y de las leyes" (art. 92 N° 1). Una visión panorámica histórica en FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, Santiago, 2002, especialmente Tomo II.

[8] HUNEEUS Z., JORGE, *La Constitución ante el Congreso*, 1880, Tomo II, p. 252.

les", concluyendo que *"el Poder Judicial no es juez de la lei; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala".*[9]

Lastarria, por su lado, expresaba que *"toca sólo al Congreso Nacional interpretar, explicar y detallar, por medio de leyes especiales, las disposiciones de la Constitución. El uso de esta atribución puede ser un importante y provechoso efecto para la República, puesto que por medio de leyes pueden ser, si no modificados, a lo menos aplicados en un buen sentido los preceptos del Código Fundamental, y neutralizados, hasta cierto punto, los males que pueden nacer de sus defectos o de la falsa aplicación de sus disposiciones".*[10]

Carrasco Albano en igual sentido afirmaba que *"es verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los Tribunales de Justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, si sujetamos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la lei suprema"*. Concluyendo que, en definitiva, *"parece, pues, más lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial".*[11]

4. La opinión oficial de la Corte Suprema

En dicho contexto se entiende el oficio emanado de la Corte Suprema, de fecha 27 de junio de 1848, en el que se afirmaba que *"ninguna majistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Majistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones".*[12]

En el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la única misión de la Corte Suprema, tal como los demás tribunales, *"está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución".*[13]

---

[9] Ibíd., p. 253.
[10] LASTARRIA, JOSÉ VICTORINO, *Derecho Público Constitucional Teórico o Filosófico*, Santiago, 1906, p. 473.
[11] MANUEL CARRASCO ALBANO, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, 2ª ed., Santiago, 1874, p. 198.
[12] Citado en HUNEEUS Z., JORGE, ob. cit., Tomo II, p. 253.
[13] Citado en HUNEEUS Z., JORGE, ob. cit., Tomo II, p. 255.

5. La tesis de fines de siglo de la Corte Suprema

Dicha doctrina es reiterada con posterioridad, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, aunque con matices, desde el momento que se indica que "*ninguna Magistratura encargada de aplicar las leyes goza de la prerrogativa de declarar su inconstitucionalidad, y todas las promulgadas con posterioridad al Código Fundamental llevan consigo el juicio Supremo del legislador de no ser contrarias a este Código*". Sin embargo, "*las autoridades encargadas de aplicar a un caso determinado la ley o disposición, deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución, si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas*". Concluyendo que "*no le es dado pues al Gobierno corregir las leyes por inconstitucionales que sean, pero tampoco le es lícito mantener en vigor un acto de una autoridad de su dependencia fundado únicamente en una ley a que se da carácter inconstitucional por el sentido que se le atribuye o que lo tiene clara y evidentemente. La Corte, que no reputa inconstitucional el artículo de la Ordenanza, no ha reclamado que se corrija, atribución propia del Congreso, sino que se derogue el bando que ha pretendido fundarse en ese artículo, lo que es atribución del Presidente de la República*".[14]

Cabe por último destacar que en el primer fallo pronunciado a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Organización de los Tribunales de 1875, con motivo de la falta de aprobación de una disposición legal, la Corte Suprema, presidida por don Manuel Montt, razonó que, considerando que "*los dos últimos incisos del núm. 3.° del art. 95 de la lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera lei, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.° del predicho artículo*".[15]

6. Evolución de la doctrina

Manuel E. Ballesteros, en la mejor obra acerca de la Ley Orgánica de Tribunales, reafirma la poca viabilidad de un sistema de control constitucional de la ley por parte de los tribunales, dado que "*en países en que existe el sistema unitario, la Corte Suprema no está llamada a declarar que una lei es inconstitucional i mucho menos pueden hacerlo, por consiguiente, los tribunales de una inferior jerarquía*".[16]

[14] Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, de fecha 2 de enero de 1867. Vid. también CARVAJAL R., HORACIO, *La Corte Suprema*, 1940, en la que el autor señala que "*la práctica de nuestros tribunales siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la Carta Fundamental de la Nación, hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía*".

[15] Corte Suprema, 1° de marzo de 1876. Sobre la materia, vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt*, en obra en homenaje a 200 años de su nacimiento (2009).

[16] MANUEL BALLESTEROS, *Lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*, Tomo I, 1890, p. 525. En el mismo sentido, HUNEEUS, quien alude al sistema norteamericano federal (ob. cit., p. 254).

Incluso, la literatura jurídica de fines de vigencia de la Carta de 1833 –en pleno siglo XX– mantiene esta posición, aunque avizorando cambios. Así, Alcibíades Roldán expresa que *"ningún tribunal, aun cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional, ya sea que esta inconstitucionalidad se funde en irregularidades producidas en la formación o promulgación de la ley, ya se funde en violación de algún precepto de la carta fundamental, es decir, en defectos de forma o de fondo. Desde que la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en el modo que la Constitución determina, no es admisible que un poder diferente del legislativo posea una atribución semejante"*.[17]

Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que *"no faltan, sin embargo, quienes piensan que en el caso de hallarse en contradicción una ley cualquiera con lo dispuesto en la carta fundamental, los tribunales no podrían dejar de aplicar con preferencia la última. Fundan esta opinión en que las disposiciones constitucionales son de un orden superior a las legales, así como lo son éstas con respecto de los decretos del Ejecutivo"*.[18]

7. Balmaceda y la necesidad de un tribunal especial que resuelva conflictos constitucionales entre órganos del Estado

En todo caso, para comprender el rol de este tipo de tribunales, especialmente visionarias resultan las palabras pronunciadas por el ex Presidente Balmaceda en un discurso pronunciado el 20 de abril de 1891 ante el Congreso Nacional –casi tres décadas antes de que las formulara Kelsen– y que han sido catalogadas como su testamento político:

"Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha convocado la convocatoria de la constituyente.
"Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombradas por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca.
"No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno solo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte".[19]

[17] ALCIBÍADES ROLDÁN, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 1924, p. 467.
[18] Ibíd., p. 468. Se cita al efecto el Informe de don Ambrosio Montt, Dictámenes Fiscales, Tomo II, p. 227.
[19] Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, efectuado ante el Congreso Nacional, el 20 de abril de 1891. En BALMACEDA, JOSÉ MANUEL. *Discursos de José Manuel Balmaceda: Iconografía*. Santiago: Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 1991-1992. 3 v. Vol. II páginas 359-371.

II. El Control Constitucional en el siglo XX

1. La Constitución de 1925

La Constitución de 1925, inspirada en el modelo norteamericano, facultó a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueran sometidas en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, para declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

En la subcomisión de reforma constitucional, fue don Luis Barros Borgoño quien planteó *"la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales"*, facultad que estima podría entregarse a la Corte Suprema.[20] En tal sentido, el Presidente Alessandri hace ver su preocupación por una declaración con efectos generales, dado que *"habría un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo"*.[21]

Con posterioridad se discute acerca de la facultad de la Corte Suprema de *"declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario"* a la Constitución,[22] haciendo presente el Ministro de Justicia que debe referirse a *"casos particulares en que se pretenda aplicarla"*.[23]

En tal sentido, el Presidente Alessandri propone un texto que señale que *"cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema"*.[24] Del mismo modo, que este recurso "no suspenderá la tramitación del juicio".[25] Incluso, en otra sesión, propone que *"los tribunales, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley, aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición"*.[26] O, en su defecto, que *"en todo caso en que se alegare la oposición entre un precepto constitucional y la ley, tendrán las partes derecho de ocurrir, en cualquier estado del juicio, a la Corte Suprema, sin*

[20] Actas de las sesiones, 12 de mayo de 1925, p. 81.

[21] Ibíd. El mismo Presidente Alessandri en otra sesión expresa que *"disposición semejante daría a ese tribunal un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso, pues como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en el hecho todo el poder, cuando su papel debe ser pasivo y no activo"* (sesión N° 19, de 8 de junio de 1925, p. 254). Con posterioridad expresa que *"no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el poder Legislativo y el Judicial"* (sesión N° 28, 9 de julio de 1925, p. 366).

[22] Sesión N° 19, de 8 de junio de 1925, p. 254.

[23] Intervención del señor José Maza. Ibíd.

[24] Ibíd.

[25] Ibíd.

[26] Sesión N° 28, 8 de julio de 1925, p. 366.

alterar la substanciación de él".[27] De esta forma, *"lo que se desea es que lleguen a la Corte Suprema estos conflictos entre la ley y la Constitución que se producen en un juicio entre partes".*[28]

El texto, en definitiva, redactado por el Ministro de Justicia, indica que *"La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación"* (artículo 87, inciso segundo).[29]

2. La doctrina

Uno de los autores más cercanos al texto, José Guillermo Guerra, afirma que el artículo 86 de la Carta de 1925 *"es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces".*[30] Justificando su conveniencia afirma que ahora *"Chile se encuentra en la misma situación que los Estados Unidos en esta materia, porque la Sub-Comisión reformadora de 1925, aleccionada por la dolorosa experiencia de la dieta parlamentaria*[31]*, tan reciente como notoria, estableció la disposición que faculta a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales".*[32]

Por lo mismo, agrega que *"esta disposición es de suma importancia y de gran utilidad, pues importa un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República".*[33] Por último hace presente que si bien su efecto es de carácter particular, *"se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por medio de otra ley".*[34] En todo caso, anota que ya en algunos países, como Austria, existe un órgano *"llamado Tribunal Constitucional"* a quien se concede la *"facultad de anular leyes inconstitucionales".*[35]

[27] Ibíd.
[28] Ibíd.
[29] Sesión N° 29, de 10 de julio de 1925, p. 369.
[30] JOSÉ GUILLERMO GUERRA, *La Constitución de 1925*, Santiago, 1929, p. 457.
[31] Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *La Dieta Parlamentaria: estudio histórico institucional y su consagración en la Constitución de 1980*. Actas de las XXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Concepción (1993); pp. 75-91. Una versión más actualizada en *Ius Publicum* N° 2 (1999), pp. 103-118.
[32] Ibíd., p. 458.
[33] Ibíd.
[34] Ibíd., p. 460.
[35] Ibíd., p. 460.

Otro autor expresa sobre la materia que *"el control constitucional es una excepción al principio de la separación de Poderes Públicos. No es fácil darse cuenta de la gravedad que reviste el hecho de colocar a los Poderes del Estado, soberanos e independientes, frente a frente. Para disminuir este inconveniente las legislaciones positivas han solido restringir el control o declaración de inconstitucionalidad a los casos particulares en que se pronuncie; éste ha sido el alcance que le ha atribuido nuestra propia Constitución. Así la declaración se limita al juicio en que se expide y afecta jurídicamente sólo a los que en él han litigado, sin perjuicio de la influencia moral que tenga en el Poder Legislativo"*.[36]

Bernaschina hace presente en relación a su carácter que la inaplicabilidad es *"una especie de inconstitucionalidad, que es el género, y que tiene efectos especiales. En todo caso, ambas suponen la violación de un precepto constitucional"*.[37] Y en cuanto a sus modalidades se sostiene que *"parece más aceptable la tesis de que toda ley contraria a la Constitución, en su fondo o forma, puede ser declarada inaplicable"*.[38] Esta tesis también es compartida por otros constitucionalistas.[39]

3. Aplicación práctica de la inaplicabilidad

Este recurso podía deducirse en cualquier estado del juicio, siempre que se encontrare pendiente[40], sin suspender su tramitación. La Corte Suprema entendió que sus facultades se limitaban a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo y no de forma.[41]

Dicho tribunal precisó que la finalidad primordial del mismo era declarar que determinados preceptos legales tachados de ser contrarios a los principios constitucionales no debían ser aplicados en cierto juicio que esté ventilándose ante un tribunal de justicia.[42] Obviamente sólo resultaba procedente respecto de preceptos legales y no de normas infralegales.[43] Para lo cual se exigía que existiera una completa y perfecta contradicción entre el precepto legal

[36] ESTÉVEZ GAZMURI, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional*, p. 342.
[37] BERNASCHINA GONZÁLEZ, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional*, 1958, p. 467.
[38] Ibíd.
[39] ANDRADE GEYWITZ, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, 1971, p. 635.
[40] Incluyendo los recursos de casación y queja ante la Corte Suprema. El concepto juicio se entendió en sentido amplio, como el conjunto de actuaciones sometidas a la decisión del juez competente, aunque aún no exista controversia (CORTE SUPREMA 27.12.55, RDJ 52, Tomo II, sec. 1ª, p. 428).
[41] CORTE SUPREMA 25.05.62, RDJ 59, Tomo II, sec. 1ª, p. 149. Señala la improcedencia de declarar la inaplicabilidad por vicios relativos a la formación de la ley. Sobre el punto vid. BERTELSEN R. RAÚL, *Control de constitucionalidad de la ley* (1969). En cuanto a la revisión de la jurisprudencia de los dos siguientes párrafos se ha seguido la excelente obra de LÓPEZ BOURASSEAU, ENRIQUE, *Jurisprudencia constitucional 1950-1979*, Santiago, 1984.
[42] CORTE SUPREMA 20.01.71, RDJ 68 Tomo II, sec. 1ª, p. 30.
[43] CORTE SUPREMA 9.01.52, RDJ 49, Tomo II, sec. 2ª, p. 3.

y la Carta Fundamental[44], de modo que ambas disposiciones no pudieran coexistir.[45]

Del mismo modo la Corte Suprema reiteró que no le correspondía detenerse en aspectos referidos a la aplicación práctica que pudiere hacerse de los preceptos objetados.[46] Por lo mismo, no cabía estudiar los hechos[47], dado su carácter abstracto.[48] Se trataba de un recurso que debía interpretarse restricitivamente.[49] No siendo por tanto un instituto creado para enjuiciar la política legislativa.[50] Por otro lado, debía referirse a preceptos legales concretos y específicos[51], los que en todo caso debían tener relación con el pleito[52], en términos que pudieran ser tomados en cuenta en el pronunciamiento[53], o sea, bastaba que existiera la posibilidad de que pudieran ser aplicados.[54]

4. Proyectos de reforma que no prosperaron en relación a la acción de inaplicabilidad

Durante los años cincuenta y sesenta se presentaron sendos proyectos para reformar la materia tanto en cuanto a la procedencia de la acción, tanto por vicios de forma como de fondo, cuanto a su eventual alcance general.

Así, en un proyecto de reforma constitucional, aprobado por la Cámara de Diputados en 1950, se proponía que "La Corte Suprema, a petición de parte, deberá declarar inconstitucional cualquier precepto que contraríe las disposiciones de la Constitución Política del Estado, sea en cuanto a la forma como se haya dictado la ley o en cuanto al fondo de su contenido". Del mismo modo se indicaba que "acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema, dentro del quinto día, ordenará publicar el fallo respectivo en el Diario Oficial, y, a partir de la fecha de esta publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación"[55]

Por su parte, en 1964, durante la Presidencia de Jorge Alessandri se propuso un texto conforme al cual "acogido el recurso de inconstitucionalidad o inapli-

[44] CORTE SUPREMA 8.05.50, RDJ 47, Tomo II, sec. 1ª, p. 1669.
[45] CORTE SUPREMA 7.12.66, RDJ 63, Tomo II, sec. 4ª, p. 359.
[46] CORTE SUPREMA 4.01.68, RDJ 65 Tomo II, sec. 1ª, p. 2.
[47] CORTE SUPREMA 23.09.61, REM III, N° 34, p. 180.
[48] CORTE SUPREMA 23.09.61, RDJ 58 Tomo II, sec. 1ª, p. 357.
[49] CORTE SUPREMA 22.04.70, RDJ 67, Tomo II, sec. 4ª, p.124.
[50] CORTE SUPREMA 29.07.50, RDJ 47, Tomo II, sec. 1ª, p. 301.
[51] CORTE SUPREMA 30.03.71, RDJ 68 Tomo II, sec. 1ª, p. 67.
[52] CORTE SUPREMA 25.12.66, RDJ 63, Tomo II, sec. 1ª, p. 413.
[53] CORTE SUPREMA 16.11.50, RDJ 58 Tomo II, sec. 1ª
[54] CORTE SUPREMA 25.11.53, RDJ 50, Tomo II, sec. 1ª, p. 479.
[55] Citado en ANDRADE GEYWITZ, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, 1971 p. 635.

cabilidad, la Corte Suprema ordenará publicar de inmediato el fallo respectivo en el Diario Oficial, y a partir de la fecha de esta publicación el precepto inconstitucional dejará de producir efecto, sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación".[56]

5. La reforma constitucional de 1970

A mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional. Específicamente, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator, el destacado jurista Alejandro Silva Bascuñán propuso crear una Corte Constitucional.[57] Luego, ello se profundiza en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido, quien resalta la necesidad de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.[58]

La reforma constitucional de 1970[59] incorpora –por primera vez en Chile– un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que lamentablemente tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia relevante.[60]

Sobre la importancia de esta nueva institución, el ex Presidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto, en su Mensaje, que *"todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política"*. Agrega luego que *"El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surgen por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidos"*.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, y que fuera presidido por el profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma, dictó 17 sentencias,

[56] El texto es citado por el Ministro de Justicia de la época en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), 14.04.77, sesión N° 285, p. 948.
[57] JORGE GUZMÁN DINATOR, *Nueva Constitución Vieja Constitución*, Santiago, 1964.
[58] FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA, *Ponencia a III Jornadas de Derecho Público*, Revista de Derecho Público N° 3, 1965.
[59] Con anterioridad también se había enviado en 1965 por el Presidente Frei un proyecto de reforma constitucional que incluía, entre otras materias, la creación de un Tribunal Constitucional, idea de legislar que no prosperó.
[60] Primeros 5 fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile (1972).

siendo en 1973 disuelto por la Junta Militar por estimar que su existencia era "innecesaria", lo que sólo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.[61]

III. La Constitución Política de 1980

1. Los antecedentes del texto constitucional. Inaplicabilidad e inconstitucionalidad

El texto preparado por la Subcomisión de reforma constitucional del Poder Judicial incluía una norma facultando a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conociera o que le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio seguido ante otro tribunal, para declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal contrario a la Constitución. De igual forma se facultaba a la Corte para ordenar la suspensión del procedimiento. Y como una innovación, y por razones de economía procesal[62], se indicaba que *"después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales"*.[63] La materia fue discutida especialmente durante las sesiones 285 a 288 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC). Uno de los aspectos controvertidos fue el relativo a la posibilidad de declarar la inaplicabilidad por vicios de fondo y de forma.

También generó controversia la necesidad de un juicio pendiente. Incluso algunos se manifestaron reacios a que se tuviera que *"fabricar un juicio para ese efecto"*[64], puesto que lo que se trataba era de *"evitar que se le aplique a una persona una ley que le causa perjuicio y que es inconstitucional"*.[65] Sin embargo, otros consideraron *"preferible mantener la idea de que exista juicio pendiente, porque en ese caso ya se limita mucho la posibilidad de que cualquiera pueda lisa y llanamente lanzar un recurso de inconstitucionalidad"*.[66] En todo caso, se dejó constancia que su alcance era de carácter amplio, esto es, incluía *"cualquier gestión judicial, de cualquier naturaleza que sea, como podría ser, por ejemplo, el recurso de protección"*.[67]

[61] Sobre los antecedentes históricos vid. SILVA CIMMA, ENRIQUE, *El Tribunal Constitucional 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38 (2008).

[62] El es Presidente de la Corte Suprema afirma que ello se justificaría dado que lo contrario importaría "un costo inútil para los litigantes y un recargo de trabajo completamente injustificado para la Corte" (sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 944).

[63] Anexo, en sesión N° 251, de 19.10.1976, Actas de la CENC, p. 169.

[64] Señor Guzmán, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 966.

[65] Señor Guzmán, sesión N° 286, 21.04.77, Actas de la CENC, p. 975.

[66] Señor Diez, sesión N° 286, 21.04.77, Actas de la CENC, p. 973.

[67] Señor Ortúzar, sesión N° 288, 28.04.77, Actas de la CENC, p. 1012. Se reitera ello en sesión N° 297, 14.06.77, Actas de la CENC, p 1168, en donde se señala que "no se estimó necesaria la existencia de un juicio, sino que bastaba con la de cualquier gestión que se siga ante nuestros tribunales".

La temática más debatida fue aquella relativa a la conveniencia de otorgar efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad. Ello motivó que algunos comisionados señalaran sus reparos frente a dicha idea, dado que *"puede ser peligroso colocar a la Corte Suprema en pugna con una mayoría del Congreso Nacional"*, afectando así *"el equilibrio que ha habido entre los poderes"*.[68] Se reafirma lo anterior agregando que *"en un país de legislación unitaria es demasiado fuerte entregar a la Corte Suprema la facultad de imponer su voluntad"*[69], de modo que se transformaría en una especie de "superpoder".[70]

Otros, sin embargo, afirmaron que *"es conveniente que cuando el más alto Tribunal de la República lo ha declarado en forma reiterada en tres, cuatro, cinco o seis fallos consecutivos (...) se estime que esa disposición ha perdido su fuerza legal, porque la verdad es que la ciudadanía no se explica esto de que, habiendo declarado la Corte Suprema reiteradamente que un precepto es contrario a la Constitución, tenga que seguir aplicándose ese precepto legal, y se vea obligada a recurrir a los Tribunales de Justicia con todo el costo y las molestias que ello significa, etcétera, para obtener una nueva decisión en el mismo sentido"*.[71] En el mismo sentido, matizando lo anterior, se expresó que *"si hubiera de parte de la Corte Suprema algún fallo que estimara que ese precepto legal recurrido es inconstitucional, deberían exigirse cinco fallos consecutivos de la Corte Suprema en el sentido inverso para estimar que el precepto queda con una inconstitucionalidad de efectos generales"*.[72] Cabe tener presente que un comisionado se manifestó absolutamente partidario de *"mantener, en primer lugar, el recurso en la forma en que ha sido propuesto y mantener, además, los caracteres generales que emanan de tres fallos uniformes y consecutivos"*.[73]

Del mismo modo, se discutió acerca de cuál debía ser el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad. Así, el presidente de la Comisión de Estudio instaba a *"encontrar un mecanismo, sobre la base de un tribunal especial integrado por Ministros de la Corte Suprema, que permita conocer de las inconstitucionalidades que se generen durante la tramitación de las leyes o de aquellas leyes que no violen intereses particulares determinados, sino generales, dejando entregada a la Corte Suprema la posibilidad ya sea de conservar el recurso de inaplicabilidad o darle efectos generales y, en este caso, permitir que pueda ser el Fiscal de la Corte Suprema quien requiera la inconstitucionalidad para evitar el uso abusivo de estos recursos"*.[74]

[68] Señor Diez, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 949.
[69] Señor Diez, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 985.
[70] Ibíd., p. 986.
[71] Señor Ortúzar, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 951.
[72] Señor Guzmán, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 954.
[73] Señor Ovalle, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 963.
[74] Señor Ortúzar, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 998.

Como lo afirmara un miembro de la Comisión, el dilema ineludible se traducía en que *"si hay que garantizar la supremacía constitucional, algún órgano ha de haber que en definitiva haga prevalecer su criterio frente a una ley dictada por el Poder Legislativo para el solo efecto de ponderar, desde el punto de vista jurídico, si una ley se opone a la Carta Fundamental"*.[75] Incluso se manifestó más partidario de que fuera la Corte Suprema, lo que fue controvertido por la Ministra de Justicia de la época, quien se inclinó por *"estudiar la posibilidad de la creación de un tribunal especial"*.[76] Igual tesis sostendrá el Presidente de la Corte Suprema.[77]

Sin embargo, en definitiva, y tras un largo debate, la norma quedó redactada de la siguiente manera: "*La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".*

De este modo, si bien la Comisión de Estudio eliminó la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales, en cambio le otorgó la facultad de declarar dicha inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 88 N° 12 del Anteproyecto de la CENC establecía: "*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 12. Declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal de acuerdo a lo prescrito en el inciso final de este artículo*". Dicho inciso final disponía lo siguiente: "*En el caso del N° 12, la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando aquélla haya declarado inaplicable un precepto legal mediante tres fallos uniformes y consecutivos. Si el Tribunal Constitucional considera que dicho precepto se ajusta a la Constitución, la Corte Suprema no podrá en el futuro declarar su inaplicabilidad*".

Posteriormente, el Consejo de Estado discutió el precepto en diversas sesiones[78], concluyéndose que dicha declaración de inconstitucionalidad debía quedar radicada en la Corte Suprema.

[75] Señor Guzmán, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 990.

[76] Ministra Madariaga, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 993.

[77] Presidente Eyzaguirre, en sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 996. Se manifestó partidario de un Tribunal Constitucional con una integración parecida a la del Tricel, recordando ciertas críticas de la Corte Suprema al proyecto del Presidente Frei de fines de los sesenta. Concluye sosteniendo que otorgar la declaración de inconstitucionalidad a la Corte Suprema sería *"mezclarla de lleno en la lucha política, lo cual considera que es totalmente funesto. Por ello se inclina por la solución de un Tribunal Constitucional con mayoría de magistrados, pero que no sea la Corte Suprema"* (Ibíd., p. 997).

[78] Vid. especialmente sesiones N° 85, 87 y 102 del Consejo de Estado. El ex Presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia, recordó que la norma de la Carta de 1925 "fue el resultado de una transacción, pues se consideró impropio que la Corte Suprema quedara por encima del Congreso y pudiera dejar sin efecto lo dispuesto por éste" (Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990), Tomo II, pp. 552-553.

De esta forma, el anteproyecto del Consejo de Estado incorporó una disposición según la cual: "*Si la Corte Suprema declarare inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos uniformes y sucesivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de la publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos, lo que no empecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad*".[79]

Finalmente, la Junta de Gobierno volvió a la redacción propuesta por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, quitándole nuevamente a la Corte Suprema la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales, la que tampoco se la otorgó al Tribunal Constitucional.

Es decir, el texto de la Constitución que fue sometido al plebiscito de 1980 no contaba con ninguna norma que previera la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ni por parte de la Corte Suprema, ni por parte del Tribunal Constitucional, ni de ninguna otra institución, en términos similares a la Carta de 1925. Establecerá un mecanismo de control difuso. El Tribunal Constitucional revisará preventivamente las leyes y la Corte Suprema efectuará el mismo ex post, a través del recurso de inaplicabilidad.[80]

2. La acción de inaplicabilidad durante la aplicación del texto primitivo (1981-2005)

La Corte Suprema entendió que para la procedencia de la acción de inaplicabilidad era menester la concurrencia de diversos requisitos[81]:

a) La existencia de una **gestión pendiente** ante otro tribunal, vale decir, *cualquier actividad jurisdiccional ejercida ante otro tribunal y no sólo a gestiones y acciones de jurisdicción contenciosa*"[82] Obviamente debía tratarse de tribunales sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema, excluyéndose por tanto, por ejemplo, el Tribunal Calificador de Elecciones.[83] En tal sentido, bajo ciertos supuestos no se consideró como gestión el recurso de protección[84] y el recurso de queja.[85]

[79] Así se aprueba en la sesión 87, de 28 de agosto de 1979, ob. cit., p. 560.
[80] GÓMEZ B., GASTÓN, *La Jurisdicción Constitucional Chilena*, 1999.
[81] Sobre la materia vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia 1981-2001*. Un muy buen estudio sistemático en FERNANDO SAENGER GIANONI y GUILLERMO BRUNA CONTRERAS, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia, 1980-2005*, Santiago, 2006.
[82] C. Suprema, 30.09.88, Rep.85, Sec 5ª, p. 240. En el mismo sentido, C. Suprema, 28.01.88, RDJ 85, sec. 5ª, p. 25.
[83] C. Suprema, 18.08.93, GJ 158, p. 52.
[84] C. Suprema, 23.12.87, GJ 97, p. 25 y 1.08.97, GJ 206, p. 50.
[85] C. Suprema, 6.12.96, GJ 198, p. 152.

b) Que se pretenda invocar un precepto **que tenga jerarquía de ley**, esto es, leyes propiamente tales –sea común o de quórum especial u orgánica constitucional–, decretos con fuerza de ley, decretos leyes e incluso los tratados internacionales. Sobre éstos, en su oportunidad se estimó que se ajustaban a la Carta Fundamental las normas contenidas en la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de La Haya.[86] Ahora bien, debe tratarse de **preceptos legales determinados**, puesto que unánimemente nuestra jurisprudencia señaló que no resultaba posible mediante este recurso solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de una ley, esto es, orgánicamente, sino que debe tratarse de normas específicas y precisas que contravengan la Carta Fundamental[87] En el mismo sentido, se sentenció *"Que fluye de lo ya manifestado que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad restringe la facultad de esta Corte para declararla, permitiéndola sólo respecto de* ***disposiciones precisas y determinadas*** *de una ley y vedándola cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal".*[88]

c) Las normas legales deben estar vinculadas directamente con la gestión. En relación a este segundo requisito, la Corte Suprema sentenció que *"Para que pueda prosperar un recurso de inaplicabilidad es indispensable que* ***las normas legales que se objetan de inconstitucionales deban estar en vinculación directa con la gestión judicial*** *para la que se pide la respectiva declaración, de manera que ellas tengan o puedan tener aplicación en la decisión del asunto controvertido".*[89]

d) Debe tratarse de una **absoluta contradicción entre el precepto legal y la Constitución**. Dicha exigencia supone que el precepto legal impugnado debe contravenir de tal forma la Carta Fundamental, que comparadas ambas no puedan coexistir en el ordenamiento jurídico vigente, resultando que en tal caso debe preferirse la norma superior, esto es, la Constitución Política. Confirmando lo anterior se resolvió que: *"La finalidad que persigue el recurso de inaplicabilidad es efectuar una comparación entre un determinado precepto legal con una disposición precisa de la Constitución Política de la República, con el objeto de declarar si pugna o no aquél con ésta, normas ambas vigentes al momento de realizar el cotejo o examen de ellas".*[90] De esta forma, *"la declaración de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es contrario a la Constitución. Ello quiere decir que la norma cuya*

[86] C. Suprema, 24.10.97, GJ 208, p. 75.
[87] C. Suprema, 23.11.94, GJ 173, p. 30.
[88] C. Suprema, 26.07.92, RDJ 89, sec 5ª, p. 172. En el mismo sentido, C. Suprema, 2.12.92, GJ 150, p. 31; C. Suprema, 13.04.93, GJ 154, p. 52; C. Suprema, 24.09.93, GJ 159, p. 51; C. Suprema, 28.12.94, GJ 173, p. 30, y C. Suprema, 5.05.93, RDJ 90, sec 5ª, p. 143.
[89] C. Suprema, 25.01.88, RDJ 85, sec 5ª, p. 12.
[90] C. Suprema, 9.12.88, RDJ 85, sec. 5ª, p. 262.

inaplicabilidad se pretende sea declarada para el caso particular, ***considerada en abstracto****, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenidas en la Carta Fundamental; en otras palabras, significa que el mandato, prohibición o permiso contenido en la norma cuestionada contrasta en general con aquellos que se consagran en la Constitución, de manera que el precepto constitucional resulta incompatible con la norma impugnada 'en sí', y no sólo en la forma específica en que esta última pretende aplicarse en el caso concreto de que se trata"*[91]

e) Que el precepto no haya sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional. Según lo preceptuaba el inciso final del artículo 83 de la Constitución, *"resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia"*. Sobre este aspecto se dictaminó que *"El mismo precepto demuestra que en dicho caso no es procedente declarar la inadmisibilidad del recurso, en razón de que la Corte 'no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia', pero sí puede hacerlo por otro, y para ello es necesario estudiar el fondo del recurso para resolver los precedente"*[92] Así, *"queda excluido del ámbito del recurso de inaplicabilidad el caso concreto fallado por el Tribunal Constitucional en su labor preventiva y con relación a un vicio determinado"*.[93]

Finalmente, cabe destacar dos aspectos que tuvieron una larga discusión en relación a la acción de inaplicabilidad.

El primero dice relación con la posibilidad de declarar la inaplicabilidad respecto de las disposiciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del texto constitucional. Sobre esta materia cabe señalar que hasta 1990 la Corte Suprema entendía que en tal situación se había producido una derogación tácita, conflicto que debía ser resuelto por el juez de la instancia.[94] Sin embargo, a partir de 1990 y hasta el 2005 la Corte sostuvo que tenía plena competencia.[95]

[91] C. Suprema, 28.08.98, RDJ 95, sec. 5ª, p. 113.
[92] C. Suprema, 16.04.87, RDJ 84, sec. 5ª, p. 73.
[93] C. Suprema, 29.01.92, RDJ 89, sec 5ª, p. 12.
[94] *"No procede el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad si una ley queda en pugna con una Constitución posteriormente dictada. El problema no es de inconstitucionalidad, sino de supervivencia de la ley o de derogación tácita de ella, asuntos ambos que toca resolver a los jueces de fondo y no a la Corte Suprema"* (C. Suprema, 22.12.88, GJ 102, p. 86).
[95] *"No es exacto que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes anteriores a la Constitución son opuestas a su texto, como tampoco parece acertado estimar que se trata en la especie de una eventual derogación por la Constitución Política posterior de una ley anterior a ella. Si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general que es la Constitución ha derogado una ley especial común, también puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores y posteriores a ella. La tesis de la derogación, que pretende eliminar las facultades de la Corte Suprema cuando la ley de cuya inaplicabilidad se trata es anterior a la Constitución, no resuelve el caso de la creación, por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común y sí lo puede resolver en cambio la Corte Suprema, que tiene como tribunal*

El otro aspecto dice relación con la declaración de inaplicabilidad por razones de forma, esto es, por vicios durante la tramitación de la ley. Invariablemente la Corte Suprema sustentó que a través del recurso de inaplicabilidad no se podía entrar a conocer vicios de forma que invalidaran la ley. Así, se sentenció que *"La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, sólo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma que sólo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el segundo caso, ya que éste interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos".*[96]

IV. Los Tribunales Constitucionales en el siglo XX en Europa y América como guardianes de la Constitución

Los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt acerca del defensor de la Constitución insiste en la necesidad de una *"jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente".*[97]

Agregando, luego, que dicho tribunal *"funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada"*[98].

único el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el mencionado artículo 80" (C. Suprema, 8.06.90, FM 379, p. 286. En el mismo sentido, C. Suprema, 19.06.91, RDJ 87, sec 5ª, p. 161 y C. Suprema, 24.04.92, GJ 143, p. 29). La doctrina también controvertió el punto. Entre otros, vid. SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *El valor jurídico del DL 1136*, Revista Chilena de Derecho 8 N° 2, 1982, p. 331; BERTELSEN REPETTO, RAÚL, *La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público 37-38, 1995, pp. 171 y 184, respectivamente; CEA EGAÑA, JOSÉ L., *Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales*, Revista Chilena de Derecho 13 N° 1, 1986, p. 31; BULNES ALDUNTE, LUZ, *Análisis sobre la última jurisprudencia sobre el recurso de inaplicabilidad*, Revista Chilena de Derecho 20, 1993, pp. 524-525; y PRECHT PIZARRO, JORGE, *Derogación Tácita e Inaplicabilidad: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)*, en la Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma, Cuaderno de Análisis Jurídico 41, 1999, p. 156.

[96] C. Suprema, 19.04.85, RDJ 82, sec. 5ª, p. 86.

[97] HANS KELSEN, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995, p. 14.

[98] Ibíd., pp. 14-15.

Explicando su funcionamiento señala Kelsen que dicho tribunal *"aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el* actus contrarius *correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado– oficia de 'legislador negativo'".*[99]

A partir de la Constitución de Austria de 1920[100] y en particular después de la Segunda Guerra, se expanden por el continente: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y España (1978), por mencionar algunos[101]. En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo español. Hoy además se aprecia su presencia en la Europa oriental, Asia y África. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles.[102] En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque recientemente modificado) y en otros a posteriori (Alemania y España). Ciertamente también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia). En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto de los efectos del control también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los Tribunales Constitucionales (España, Alemania o Italia) o sólo al caso concreto (Corte Suprema en Chile desde 1925 al 2005).

Por su lado, en Sudamérica existen variadas experiencias en materia de control. Así, ciertos países le entregan el conocimiento de la misma a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador).[103]

[99] Ibíd., pp. 36-37.
[100] En 1885 Jellinek había señalado la necesidad un Tribunal Constitucional. Sobre la materia vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Citado en Zapata, Patricio, ob. cit.
[101] DOMINIQUE ROUSSEAU, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002.
[102] Una obra clásica sobre la materia: FAVOREAU LOUIS, *Los Tribunales Constitucionales* (1994). Una visión como juez: GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2005.
[103] NOGUEIRA A., HUMBERTO, *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, 2005.

V. La Reforma Constitucional de 2005 y Nueva Acción de Inaplicabilidad

La reforma constitucional de 2005[104] le otorga al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto *a priori* –que lo tenía desde 1980– como *a posteriori* –que se radicaba en la Corte Suprema–. Así, se establecen dos instituciones: la inaplicabilidad (para el caso concreto) y la inconstitucionalidad (derogación de la ley).

Como se ha expresado, la aludida reforma constitucional facultó al Tribunal Constitucional para 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.[105]

En efecto, el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución Política de la República señala expresamente que es atribución del 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".*

El mismo artículo 93 citado, en su inciso décimo primero, explicita aquella atribución –en cuanto a sus presupuestos procesales– añadiendo que *"la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto"*, agregando que le corresponderá a cualquiera de las salas del tribunal declarar la admisibilidad de la cuestión *"siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley".*[106] Por su parte, el artículo 47 G de la Ley Orgánica del Tribunal señala las causales de inadmisibilidad.[107]

---

[104] Sobre las reformas constitucionales de 2005 vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Reformas constitucionales 2005*, Revista del Colegio de Abogados de 2005, pp. 46 y 47. Del mismo modo, vid. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador), *La Constitución reformada de 2005* (2005) y ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador), *Reforma constitucional* (2005).

[105] En relación a los antecedentes de la acción de inaplicabilidad vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005*, Revista de Derecho Público 68 (2006), pp. 11 y ss.

[106] Sobre la historia vid. SENADO DE LA REPÚBLICA, *Reformas constitucionales 2005*, Historia y tramitación (2006). En idéntico sentido, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, Reformas constitucionales 2005. ANTECEDENTES-debates-informes (2005).

[107] *"Artículo 47 G.- Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el*

Al Tribunal le ha correspondido pronunciarse durante los primeros cuatro años en más de un millar de presentaciones, pudiendo destacarse los siguientes presupuestos de admisibilidad[108] de la acción que, como se ha señalado, se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental.[109]

1. Que el requerimiento sea formulado por una persona u órgano legitimado. Requerimiento de los jueces[110]

La Comisión del Senado al discutir, en primer trámite, la reforma constitucional de 2005, tuvo especialmente presente la experiencia de derecho comparado, en particular la europea.

En tal sentido, se observó que la Ley Fundamental alemana entrega al Tribunal Constitucional diversas atribuciones, entre ellas, "la resolución de los conflictos de interpretación de la Constitución, referidos al alcance de los derechos y obligaciones de órganos de alta jerarquía y de compatibilidad entre el derecho federal o de un Estado y la Carta Fundamental". Así, "en caso de que un tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, se suspenderá el procedimiento. Si se trata de una violación de la Constitución de un Estado, se recabará el pronunciamiento del tribunal regional competente en litigios constitucionales, o el del Tribunal Constitucional Federal, tratándose de una infracción a la Ley Fundamental".[111] En efecto, en Alemania, la Ley Federal señala que: *"Si un Tribunal considera que una ley –de cuya validez depende el fallo– es inconstitucional, se suspenderá el procedimiento. En tal caso, se someterá la cuestión –cuando se trate de la violación de la Constitución de un Estado Federado– al tribunal competente en materia de litigios constitucionales; cuando se trate de violaciones de esta Ley Fundamental, el asunto se someterá a consideración del Tribunal Constitucional Federal. Lo anterior rige también cuando se trate de la*

precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6° Cuando carezca de fundamento plausible". A la fecha no se ha fijado el texto refundido de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

[108] NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Presupuestos de la acción de inaplicabilidad,* Revista de Derecho Público 72, 2010.

[109] Vid. N° 10 (2006) de la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, en que se analiza la jurisprudencia del primer año del Tribunal Constitucional.

[110] *Artículo 47 A.- En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*
Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.
Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.
El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.

[111] Informe de la Comisión del Senado, en Pfeffer, ob. cit., p. 374.

violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Estado Federado o la incompatibilidad de una ley de un Estado Federado con una Ley Federal".[112]

También se tuvo presente que en España "el Tribunal Constitucional conoce los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del recurso de amparo por violación de ciertos derechos y libertades y de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí. Asimismo, que en caso de que un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma lega aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser inconstitucional, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".[113] En efecto, en España, la Constitución Política establece que: *"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".*[114] De este modo, en el modelo español, una de sus características es la "incorporación de los órganos judiciales a la tarea de depuración del ordenamiento", en cuanto si bien no pueden declarar la inconstitucionalidad de la norma, "colaboran en dicha tarea instando el control del Tribunal Constitucional mediante la denominada cuestión de inconstitucionalidad".[115]

Entre las opiniones escuchadas en el Senado deben destacarse las vertidas por el ex Ministro Eugenio Valenzuela, quien dejó constancia que estimaba prudente establecer una dualidad de acciones, en términos que "la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes del litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de la ley con efecto general después de que previamente hubiere sido declarada inaplicable".[116]

De este modo, el criterio adoptado por la Comisión del Senado en esta materia fue que la acción de inaplicabilidad podía "deducirse de oficio por el tribunal que conoce de la gestión, en cualquier estado de la misma, y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia".[117]

---

[112] Ley Federal, artículo 100.1. Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *60 años de la Constitución Alemana*, Ed. Jurídica, 2009, en imprenta.
[113] Ibíd. Una excelente revisión histórica de la vía incidental judicial en España en JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, 1999.
[114] Constitución Política de España, artículo 163.
[115] PABLO PÉREZ TREMPS, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español*, Estudios Constitucionales N° 1, 2005, p. 128.
[116] En Pfeffer, ob. cit., pp. 375-376.
[117] Ibíd., p. 386.

Por último, en relación al derecho europeo, cabe tener presente que en Italia la Ley Fundamental prescribe que: *"El Tribunal Constitucional conocerá de: 1° Las controversias acerca de la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones"*.[118] En tal sentido, el control incidental de las leyes ha tenido especial relevancia en Italia, lo que se plantea por un juez respecto de una norma de rango legal, quien dicta al efecto "una resolución –denominado auto de planteamiento– con la que suspende el juicio en curso ante él y somete la cuestión a la Corte". Dicha resolución "no vincula a los jueces de otros procesos en cuyo ámbito sea aplicable la disposición o norma denunciada como sospechosa de inconstitucionalidad"[119]. De este modo, "el juez, tras una expresa solicitud realizada por una de las partes del proceso seguido en su instancia o de oficio, debe elevar la cuestión de legitimidad constitucional cuando dude que una determinada disposición pueda estar en contradicción con la Constitución, pudiendo negarse sólo en el supuesto que, con respecto a la instancia de parte, considere la excepción propuesta absolutamente carente de cualquier fundamento real", debiendo tratarse sí de "una norma cuya aplicación el juez entienda necesaria e indispensable para la decisión del proceso", a lo que debe agregarse "la obligación por parte del juez de intentar, previamente a elevar la cuestión de constitucionalidad, la posibilidad de una interpretación adecuada, esto es, más conforme a la Constitución y, de esta manera, salvar la duda de constitucionalidad".[120]

Para algunos autores, el juicio incidental de inconstitucionalidad chileno, con la modalidad de control concreto, se alejaría del sistema previsto en Alemania, Italia o España, "donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, teniendo más cercanía con el modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constitución portuguesa, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos *inter pares*".[121]
Durante este período se han presentado peticiones de inaplicabilidad a instancia de jueces, de competencias disímiles.[122] Incluso, la propia Corte Suprema.[123]

[118] Artículo 134 de la Constitución de la República de Italia.
[119] ALESSANDRO PIZZORUSSO, *La Justicia Constitucional en Italia*, en Teoría y Realidad Constitucional, N° 4, UNED, 1999, p. 167.
[120] ROBERTO ROMBOLI, *El control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, en Teoría y Realidad Constitucional, N° 4, UNED, 1999, p. 187.
[121] HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*, Estudios Constitucionales 1, 2005, p. 12.
[122] Roles N° 537 (Tribunal Penal Oral de Concepción, respecto del artículo 434 del Código Penal), 541 (3ª Sala de la ICA de Santiago, en relación al inciso 1° del artículo 42 de la Ley de Concesiones), 575 (Juez de Policía Local de Renca, impugnando el artículo 541 del COT), y 659 (1ª Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, en relación al artículo 116 del Código Tributario).
[123] Así lo hizo, por ejemplo, la Primera Sala del máximo tribunal, respecto de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2695 (Rol N° 707-2007) y la Sala Constitucional, en relación al derogado artículo 116 del Código Tributario.

Excluyendo los innumerables requerimientos referidos al artículo 116 del Código Tributario, en tres oportunidades se han acogido peticiones de jueces.[124] La Corte de Valparaíso solicitó la inaplicabilidad del **artículo 13 de la Ley N° 18.575**, que establecía como causal de reserva o secreto el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada, efectuada por el jefe superior del órgano requerido[125]. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Suprema consultó la aplicación de los **artículos 15 y 16 del DL 2.695** referidos a la regularización de la pequeña propiedad raíz, por cuanto se podría afectar el derecho de propiedad[126]. Finalmente, el Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel solicitó la inaplicabilidad del **artículo 206 del Código Civil**, que preceptúa que si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad, lo que se estimó vulneraba el derecho a la propia identidad.[127]

2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la constitución por el tribunal (sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento), y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la discusión de la ley orgánica, el precepto en cuestión recoge la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional desde 1980.[128] En tal sentido, cabe recordar que el antiguo artículo 83 inciso final de la Constitución Política señalaba que: *"Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia"*. Obviamente debía tratarse del mismo vicio.[129]

El primer caso en que al Tribunal Constitucional le correspondió pronunciarse por supuesta cosa juzgada constitucional, dice relación con un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, habida consideración que ya se había sentenciado –en sede de control preventivo– que la recopilación de antecedentes por parte del Servicio de Impuestos Internos

[124] Sobre la materia vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Requerimiento de inaplicabilidad de jueces*, ponencia enviada a XXXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2009. Por publicarse en Revista de Derecho de la U. Católica de Chile.
[125] Rol N° 634, de 9 de agosto de 2007.
[126] Rol N° 707, de 25 de octubre de 2007.
[127] Rol N° 1.340, de 29 de septiembre de 2009.
[128] Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En ARELLANO GÓMEZ, PILAR, *Historia fidedigna de la LOC de TC*, 2008 (inédita).
[129] Corte Suprema, 16 de abril de 1987, RDJ 84, sec. 5ª, p. 69.

no importaba investigación.[130] Debe tenerse presente que en diversos pronunciamientos de inaplicabilidad, se había insistido en el carácter administrativo de las facultades contempladas en el aludido precepto legal.[131]

En atención a lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que *"de conformidad con lo señalado, este Tribunal está impedido de entrar a examinar la posible inaplicabilidad del artículo 161, N° 10, del Código Tributario, por su posible contradicción con el artículo 83 de la Carta Fundamental, pues tal contradicción fue, precisamente, el vicio considerado y desechado por la sentencia de 30 de abril de 2002, a través del entendido que se ha recordado".*[132]

Debe tenerse presente que el artículo 47 M de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOCTC) señala que *"resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido".*[133]

3. Que exista una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial

El artículo 47 D de la LOCTC señala que se podrá interponer respecto de "cualquier gestión judicial en tramitación" o "en cualquier oportunidad procesal".

Sobre este aspecto, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse con ocasión de un recurso de inaplicabilidad desestimado, al dirigirse en contra de una resolución administrativa emanada de la Superintendencia de Valores, dictada en un procedimiento de igual naturaleza antes de que se incoara la acción impugnatoria ante los tribunales de justicia.[134] Tampoco se estimó procedente respecto de actuaciones de la Tesorería no actuando como órgano jurisdiccional.[135]

En otro asunto se declara inadmisible la petición, atendido que el asunto se encontraba radicado ante una autoridad administrativa que había actuado en ejercicio de su potestad sancionadora.[136] Igualmente, se desecha un recurso por concluirse que el asunto en el que podría incidir el mismo se encontraba concluido mediante sentencia firme, no existiendo, en consecuencia, gestión judicial pendiente alguna.[137]

[130] Rol 349, de 30 de abril de 2002.
[131] Entre otros, Roles N°s 1183, 1184, 1203, 1205, 1221, 1223, 1229, 1233 y 1245.
[132] Rol 1406, 31 de diciembre de 2009.
[133] Fue el diputado Cardemil quien agregó la precisión de que se tratara de "el mismo vicio", según consta en la historia fidedigna del precepto, según consta en Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en ob. cit., p. 368.
[134] Rol N° 514, 27 de junio de 2006.
[135] Rol 1381, de 20 de mayo de 2009.
[136] Rol 1477, de 29 de septiembre de 2009.
[137] Roles N° 495, de 30 de mayo de 2006; 516, de 28 de junio de 2006; 532, de 18 de julio de 2006;

En relación a este requisito, se ha sentenciado que no existe gestión pendiente respecto de un asunto en que el procedimiento de protección se encuentra rechazado por sentencia confirmada por la Corte Suprema.[138] Tampoco si la Corte Suprema ha desechado un recurso de aclaración[139], un recurso de apelación[140], una nulidad de derecho público[141], un recurso de queja[142] o un recurso de casación[143] o ha declarado inadmisible una casación desechando la reposición.[144] En definitiva, si se ha dictado sentencia ejecutoriada.[145]

Por último, debe tenerse presente que el Tribunal ha señalado que la existencia de gestión pendiente debe acreditarse debidamente por el requirente y de no ser así debe declararse inadmisible.[146] Igualmente, se ha dictaminado que el requerimiento no puede extenderse a otros procesos judiciales.[147]

4. Debe tratarse de un precepto de rango legal

En primer lugar, debe tenerse presente que la acción de inaplicabilidad no es la vía para impugnar decisiones judiciales[148]. Contrariamente a lo que sucede en otros sistemas jurídicos, en el caso chileno la acción no puede transformarse en un amparo.[149] Por lo mismo, tampoco puede ser una acción que pretenda ser el mecanismo para cuestionar la constitucionalidad de una sentencia.[150]

507, de 6 de junio de 2006; 575, de 15 de octubre de 2006; y 688, de 16 de enero de 2007. En el caso del Rol N° 476, de 17 de agosto de 2006, se declara inadmisible en atención a que se encontraba ya resuelto el recurso de casación que se invocaba como gestión pendiente.

[138] Rol 1494, de 3 de noviembre de 2009.

[139] Rol N° 1020-2008, 17 de enero de 2008.

[140] Respecto de una sentencia de amparo económico (Rol N° 1259-2008, de 30 de octubre de 2008).

[141] Rol 1499, de 14 de noviembre de 2009.

[142] Rol 1349, de 2 de abril de 2009. En el mismo sentido, Rol 1334, de 19 de marzo de 2009 y Rol N° 1226-2008, 16 de septiembre de 2008.

[143] Rol 1447, de 4 de agosto de 2009. En el mismo sentido, Rol 982-2007, 5 de diciembre de 2007 y Rol N° 1271-2008, 27 de noviembre de 2008.

[144] Rol 1371, de 4 de mayo de 2009.

[145] Rol N° 1139-2008, 19 de junio de 2008. Igualmente, respecto de decisiones de Cortes de Apelaciones, cuando la decisión se encuentra firme (Rol N° 1211-208, 16 de septiembre de 2008).

[146] Rol N° 1213-2008, 16 de septiembre de 2008. En igual sentido Rol N° 1189-2008, 7 de agosto de 2008.

[147] Rol N° 727, de 7 de febrero de 2007. Precisando la exigencia, en Rol N° 984, de 15 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional ha declarado que *"Lo anterior se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta Magistratura en la materia de que se trata, ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso sub lite"*.

[148] Roles N° 493 y 494, ambos de 27 de abril de 2006. En similar sentido, Rol N° 777, de 16 de mayo de 2007. El mismo criterio jurídico se encuentra también en el Rol N° 794, de 12 de junio de 2007 y Rol N° 817, de 26 de julio de 2007. En otro caso se desecha la acción por estimarse que *"básicamente el requirente formula un cuestionamiento acerca de la resolución dictada por el tribunal de la causa"*, concluyéndose que *"resulta evidente que esa clase de asuntos genera un conflicto jurídico que no compete resolver a esta Magistratura Constitucional, sino que es propio de los jueces de fondo"* (Rol N° 842-2007, 4 de octubre de 2007).

[149] Rol 1214-2008, 9 de septiembre de 2008.

[150] Rol 1416, de 14 de julio de 2009.

En segundo lugar, esta acción no es un medio idóneo para impugnar actuaciones administrativas judiciales dictadas en uso de facultades de carácter económico.[151] Adicionalmente, no resulta procedente esta acción respecto de actuaciones administrativas del Ejecutivo[152]. Ciertamente tampoco resulta procedente si se ha dirigido en contra de un reglamento de una ley.[153]

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional ha precisado que no se encuentra dentro de sus facultades aclarar el sentido que pudieran tener determinados preceptos legales, lo que es propio del juez de fondo.[154] Y es que tampoco es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto legal por parte de un juez.[155] Para tal efecto existen los mecanismos procesales establecidos por el legislador.[156]

En concordancia con lo anterior, la acción de inaplicabilidad tampoco es la vía para declarar cuál es el derecho aplicable en un caso concreto.[157] No le incumbe, por tanto, a la Magistratura Constitucional determinar si debe o no aplicarse un determinado precepto legal.[158]

Ahora bien, también se ha señalado que este mecanismo constitucional debe dirigirse contra preceptos legales determinados[159] Por lo mismo, no resulta una vía idónea para efectuar impugnaciones de carácter genérico o abstracto.[160]

[151] Rol 1264-2008 y 1286-2009.
[152] Rol N° 497, de 10 de mayo de 2006. Consúltese el mismo criterio jurídico en Rol N° 743, de 15 de marzo de 2007.
[153] Rol N° 1067-2008, 15 de mayo de 2008 y Rol N° 1147-2008, 1 de julio de 2008. Lo mismo se indica respecto un Reglamento de Evaluación Docente (Rol N° 1194-2008, 27 de agosto de 2008). En el mismo sentido, respecto de pretensión de declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo (Rol N° 1227-2008, 29 de septiembre de 2008).
[154] Rol N° 522, de 16 de agosto de 2006. En el mismo sentido, se declara inadmisible una acción al considerarse que *"el conflicto que se ha sometido a la decisión de la Magistratura dice relación con la aplicación que los tribunales de primera y de segunda instancia han hecho del precepto que se impugna en la gestión en que incide el requerimiento (...) por su naturaleza se trata, entonces, de un asunto que compete a los jueces de fondo resolver"* (Rol N° 684, de 5 de marzo de 2007). Véase además, Rol N° 824, de 14 de agosto de 2007. Siguiendo el criterio anterior, el Tribunal Constitucional ha precisado la interpretación que haga la administración del ordenamiento jurídico y la forma de aplicar las normas por parte de los tribunales ordinarios de justicia constituyen asuntos de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 706, de 30 de marzo de 2007). De este modo, las cuestiones de legalidad son de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 1214-2008 y 1220-2008, de 16 de septiembre de 2008).
[155] Rol 1324, de 26 de marzo de 2009. De esta forma, la aplicación que ha dado una autoridad administrativa a un determinado precepto legal es de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 1195-2008, 8 de septiembre de 2008).
[156] Rol 794-2007.
[157] Rol N° 626, de 16 de enero de 2007. La determinación de la ley decisoria de la litis y de su vigencia no es propia de la acción de inaplicabilidad (Rol N° 522-2006 y 1214-2008, 9 de septiembre de 2008).
[158] Rol 1513, de 22 de octubre de 2009.
[159] Rol 1512, de 3 de noviembre de 2009.
[160] Entre otras, en sentencias roles N°s 495, de 30 de mayo de 2006, 523, de 19 de junio de 2007, 1036, de 7 de febrero de 2008 y 1360, de 22 de abril de 2009.

En lo que respecta al requisito del 'precepto legal', el Tribunal dictó un interesante fallo abordando esta materia, señalando que se trata de una unidad de lenguaje que tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución.[161] En el mismo sentido se ha reiterado que una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal cuando tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución".[162] Ahora bien, *"para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa, sino que se baste a sí misma".*[163]

Ejemplos de lo anterior son la declaración de inaplicabilidad del precepto "procediendo de plano", contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y "en cuenta, salvo que estime conveniente".[164] Del mismo modo, se ha declarado la inaplicabilidad de las expresiones "y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte", a que alude el artículo 2° de la Ley N° 20.033, modificatoria del cuadro anexo N° 1 de la Ley de Impuesto Territorial, N° 17.235.[165] En igual sentido, se estimó como contrarias a la Constitución Política de la República las expresiones "para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa", contenida en el artículo 171 del Código Sanitario[166], lo que incluso motivó una sentencia de inconstitucionalidad[167]. De igual forma, y luego de tres declaraciones de inaplicabilidad[168], se estimó como inconstitucional y se derogó la expresión "gratuidad", incluida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que regula la institución del turno de los abogados.[169]

Finalmente, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos en relación con el requisito que versa sobre la necesaria vigencia del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita[170], particularmente como consecuencia de los incidentes promovidos con posterioridad a la derogación del artículo 116 del Código Tributario, norma que permitía la delegación de facultades jurisdiccionales a través de un acto administrativo.[171]

[161] Rol N° 626, de 16 de enero de 2007.
[162] Roles N°s 626-2007 y 944-2008.
[163] Rol 1254-2009.
[164] Rol 747-2007.
[165] Roles N°s 718, 773 y 759, todos de 2007.
[166] Rol 1061-2008.
[167] Rol N° 1345-2009.
[168] Roles 755, 1138, 1140.
[169] Rol 1254.
[170] Rol N° 1021-2008, 11 de enero de 2008.
[171] Resulta interesante destacar el Rol N° 760, de 12 de noviembre de 2007, en el que se declara inadmisible el requerimiento de inaplicabilidad solicitado en relación al artículo 116 del Código Tributario, por cuanto, a la fecha de interposición de dicha acción constitucional, el precepto se encontraba derogado en virtud de la declaración de inconstitucionalidad emitida por la aludida Magistratura Constitucional en sentencia Rol N° 681, de 26 de marzo de 2007. También en relación a la necesaria vigencia del precepto legal, el Tribunal ha señalado en Rol N° 779, de 16 de mayo de 2007, que para la procedencia

5. Que el precepto legal sea aplicable en la gestión

La Carta Fundamental señala que la aplicación del precepto legal sea contraria a la Constitución Política de la República. Se trata de un nuevo presupuesto esencial de la acción de inaplicabilidad. Por lo mismo, se ha expresado que "*la forma en que la disposición legal objetada contraría la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto debe ser expuesta circunstanciadamente*", ello en atención a que *"la explicación de la manera en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción de inaplicabilidad".*[172]

Como puede apreciarse la situación no es idéntica a la facultad que se le otorgaba hasta el 2005 a la Corte Suprema, desde que se exige ahora que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución.

En efecto, precisando el alcance de la facultad, el Tribunal ha consignado que *"De la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior".*[173] Agregándose luego que *"Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional".* Concluyéndose en definitiva que "*De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración".*[174]

De este modo, se sostiene en relación al examen de constitucionalidad, que el "*Tribunal Constitucional lo hará después de confrontarlo con el caso concreto,*

de la acción de inaplicabilidad *"es preciso que el precepto legal impugnado se encuentre vigente, por lo que resulta contradictorio pedirla respecto de una norma que se sostiene está derogada tácitamente"*. Véase también Rol N° 1021, de 11 de enero de 2008.

[172] Rol N° 632, de 28 de noviembre de 2006. Anteriormente, en similar sentido, Rol N° 498, de 2 de mayo de 2006. También Rol N° 482.

[173] Roles N° 546, de 17 de noviembre de 2006, y N° 536, de 8 de mayo de 2007.

[174] Rol N° 536, de 8 de mayo de 2007.

cuando se manifiesten los resultados de su aplicación". Así, *"la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, cuando (...) se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución".*[175]

En otras palabras *"en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución".*[176]

6. Que la aplicación del precepto resulte decisiva en la resolución de un asunto

El precepto legal en cuestión debe ser decisivo en la resolución de un asunto, sea contencioso o no, e independiente de la naturaleza jurídica de la norma, esto es, procedimental o de fondo. Lo relevante es que el juez de la instancia pueda aplicar el precepto para resolver alguno de los asuntos o materias que le han sido sometidos a su conocimiento.

Precisando el alcance de este supuesto, se ha indicado que *"supone que el tribunal efectúe un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión".*[177]

En efecto, como ha señalado este mismo Tribunal[178], independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, se exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto o gestión pendiente, *"lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución".* Así, la referida exigencia no puede, en-

[175] Ibíd.
[176] Rol N° 480, de 27 de julio de 2006.
[177] Roles N° 668, de 5 de enero de 2007, y 809, de 24 de julio de 2007. La aplicación del precepto debe tener el efecto de influir en la decisión sustantiva del asunto judicial (Rol N° 1225-2008, 8 de septiembre de 2008).
[178] Rol N° 472, de 30 de agosto de 2006. En similar sentido, Rol N° 809, de 24 de julio de 2007, y Rol N° 831, de 10 de octubre de 2007.

tonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo señaló en su momento la Corte Suprema, al precisar que la Carta Fundamental no distinguía entre normas sustantivas y adjetivas.[179]

Así, se desecha una presentación al estimarse que no forma parte de la discusión de una casación penal.[180] En otro, se estima inadmisible dado que el precepto no resulta aplicable a los procedimientos de familia.[181] Igual razonamiento se efectúa en relación a una acción de protección.[182] Finalmente, en otra decisión se desecha la acción que se dirigía contra el artículo 116 del Código Tributario al comprobarse que el asunto había sido resuelto por el Director Regional y no por el juez delegado.[183]

7. Que la impugnación esté fundada razonablemente

Sobre este requisito se ha señalado que ello "*supone una explicación de la forma cómo se infringen las normas constitucionales*". Y al respecto ha agregado: "*el término 'razonablemente', de acuerdo a su sentido natural y obvio, supone la idea de 'conforme a la razón' y, adicionalmente, 'más que meridianamente'. Por su lado, 'fundadamente' importa una actuación realizada con fundamento y este término significa 'razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa'; a la vez que fundar es 'apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa'*". En otras palabras, "*la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente el requerimiento de inaplicabilidad supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal*".[184]

En otro fallo de admisibilidad, el Tribunal Constitucional declaró que la fundamentación razonable implica como exigencia básica "*la aptitud del o de los preceptos legales para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente (...) la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada*".[185] De este modo,

[179] Corte Suprema, sentencia de 18 de marzo de 2005, Rol N° 1589-2003, considerando 5°.
[180] Rol 1493, de 27 de octubre de 2009.
[181] Rol 1451, de 15 de octubre de 2009.
[182] Rol 1476, de 24 de septiembre de 2009.
[183] Rol N° 844-2007, 31 de octubre de 2007. En igual sentido, Rol N° 838-2007, 19 de diciembre de 207.
[184] Rol N° 495, de 30 de mayo de 2006. En el mismo sentido, Rol N° 617, de 16 de diciembre de 2006; Rol N° 643, de 12 de diciembre de 2006; Rol N° 693, de 28 de diciembre de 2006; y Rol N° 651, de 5 de enero de 2007. En autos Rol N° 1199 se considera ininteligible tanto la explicación de los hechos como la del conflicto de constitucionalidad.
[185] Rol N° 482, de 17 de mayo de 2006. En términos similares Rol 652, de 4 de diciembre de 2006; Rol N° 693, de 28 de diciembre de 2006; Rol N° 746, de 10 de abril de 2007; Rol N° 777, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 779, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 782, de 6 de junio de 2007; Rol N° 802,

el fundamento razonable *"consiste en plantear un conflicto de constitucionalidad específico, derivado de la aplicación de preceptos legales, en contraste con preceptos constitucionales determinados"*.[186] Se trata de contener *"una exposición, sustentada de manera adecuada y lógica, acerca de la forma en que se produciría la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos fundamentales invocados"*.[187] Debe verificarse que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto,[188] evitando así que el Tribunal *"se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera fundamento plausible"*.[189]

Así, se incumple el presupuesto si *"no se contiene descripción alguna del modo en que dichas disposiciones violan las normas constitucionales que se estiman transgredidas, dejándose de configurar así los vicios de inconstitucionalidad que deben servir de fundamento al requerimiento deducido"*. Así, el vicio de inconstitucionalidad *"debe ser expuesto de manera circunstanciada, puesto que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada"*.[190]

Así, se desecha una presentación en la que no se contiene *"una exposición precisa y clara acerca del conflicto constitucional que podría producir la aplicación de la norma legal que se impugna en el caso concreto de que se trata, lo cual constituye una exigencia básica para considerar cumplido el requisito de admisibilidad según el cual el requerimiento debe contener una impugnación razonablemente fundada"*.[191] La sola invocación de un precepto constitucional sin precisar cómo se infringe el mismo importa falta de fundamento, ha señalado el Tribunal Constitucional.[192]

VI. La Acción de Inconstitucionalidad

La reforma constitucional de 2005 tuvo su origen en sendas mociones parlamentarias.[193] En ambas se buscaba traspasar la inaplicabilidad al Tribunal Cons-

de 20 de junio de 2007; Rol N° 803, de 9 de julio de 2007; y Rol N° 832, 14 de agosto de 2007. Es inadmisible una presentación en la que "no se explica la forma en que las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que impugna contradice las normas constitucionales" (Rol N° 1198-2008, 14 de agosto de 2008).

[186] Rol N° 1241-2008, 10 de noviembre de 2008.

[187] Rol N° 1263-2008, 13 de noviembre de 2008.

[188] Rol N° 1046-2008, 22 de julio de 2008.

[189] Rol N° 1249-2008, 13 de noviembre de 2008. Con anterioridad, en igual sentido, Rol N° 1138.

[190] Roles N°s 518, de 12 de julio de 2006, 543, 544 y 545, todos de 9 de agosto de 2006.

[191] Rol N° 1285-228, 13 de enero de 2009.

[192] Rol N° 1004-2008, 17 de enero de 208.

[193] Una de los senadores de la Concertación señores Sergio Bitar, Juan Hamilton, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo y la otra de senadores de la Alianza señores Hernán Larraín, Andrés Chadwick, Sergio Romero y Sergio Díez.

titucional, no contemplándose la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales.

Más tarde, en primer trámite constitucional, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído sobre ambas mociones, se acordó conferirle al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad luego de tres fallos uniformes y unánimes.[194] Con algunos matices, esta fue la norma aprobada por el Senado en primer trámite constitucional.

La Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, mantuvo lo referente al recurso de inaplicabilidad en los mismos términos en que fue aprobado por el Senado. Sin embargo, en lo que dice relación con la inconstitucionalidad con efectos generales, eliminó como requisito de tal declaración la existencia de tres fallos anteriores de inaplicabilidad, estableciendo, en cambio, que bastaba sólo uno.[195]

En definitiva, esta fue la idea que primó respecto de la declaración de inconstitucionalidad en el texto de la Ley N° 20.050 despachado por el Congreso. En conclusión, el texto de las normas vigentes sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional para conocer de las inaplicabilidades y las inconstitucionalidades encuentra su origen en la redacción que despachó el Senado en primer trámite constitucional, salvo la modificación que respecto a la inconstitucionalidad, efectuó la Cámara en segundo trámite constitucional.

Como puede apreciarse, la reforma de 2005 contempla –y por primera vez en nuestra historia institucional– la posibilidad que el precepto legal sea expulsado del ordenamiento jurídico por contravenir la Carta Fundamental. Si bien el proyecto inicialmente indicaba que era menester que se pronunciaran tres fallos uniformes para que la norma legal desapareciera del ordenamiento jurídico, ello en definitiva fue desechado.[196] Así las cosas, el texto aprobado

[194] *"6°. Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El tribunal conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.*
Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.
Después de tres fallos uniformes, aun cuando no unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, podrá declarar, por los dos tercios de sus miembros, la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales". Se señaló que la acción "podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia".

[195] *"7° Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la constitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio".*

[196] SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación.

expresa que ahora el Tribunal, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable; lo que podrá efectuarse de oficio o por petición, existiendo al efecto acción popular.[197]

De la lectura de disposición constitucional y de lo resuelto por la Magistratura se desprende que los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de dicho Tribunal; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública o de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República.

A la fecha se ha declarado en tres oportunidades la inconstitucionalidad de preceptos legales: a) el artículo 116 del Código Tributario, que contemplaba la delegación de la jurisdicción en materia tributaria[198]; b) el artículo 171 del Código Sanitario, en lo relativo a la consignación previa para recurrir judicialmente[199]; y c) la expresión "gratuidad" del turno de los abogados, establecida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.[200]

VII. Conclusiones

1. El control de constitucionalidad tiene sus antecedentes históricos en los primitivos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos a principios del siglo XIX, particularmente en el recordado caso "Marbury vs. Madison" (1803).

2. En el siglo XIX en Chile tanto los diversos textos constitucionales, la jurisprudencia como la doctrina, estuvieron contestes en cuanto a que sólo le correspondía al Congreso Nacional interpretar la Carta Política y velar por su cumplimiento. Excepcionalmente, existen algunos pronunciamientos

[197] Con fecha 5 de junio de 2008, el TC rechazó la solicitud de inconstitucionalidad presentada en relación al artículo 416, inciso 3° del Código Procesal Penal, al estimar que la norma, en abstracto, admitía una interpretación ajustada a la Constitución Política. Vid. Roles N°s 558, 590, 615 y 665. Se estimó que "es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto (...) permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos".
[198] Rol 681-2006.
[199] Rol 1345-2008.
[200] Rol 1254.

de la Corte Suprema que dan cuenta de que debía darse preeminencia a la Carta Fundamental e, incluso, se restó validez a una disposición legal no aprobada en la forma prescrita en la Constitución.

3. La Constitución de 1925 le otorga por primera vez a la Corte Suprema, siguiendo el modelo norteamericano, la facultad de declarar inaplicable preceptos legales, pero sólo para un caso concreto, siendo interpretada su procedencia sólo por vicios de fondo y no de forma, entendiendo que se trata de un control abstracto.

4. Los Tribunales Constitucionales surgen a partir de 1920, creación del jurista austríaco Hans Kelsen. De allí se expanden por los demás países de Europa, particularmente después de la Segunda Guerra (Alemania, 1949; Italia, 1947, Francia, 1958 y España, 1978). Del mismo modo, ocurre en Hispanoamérica. En Chile se establece por la reforma constitucional de 1970, pero sólo para las controversias constitucionales durante la tramitación de las leyes. Su necesidad histórica para resolver conflictos constitucionales entre órganos del Estado ya la había planteado el Presidente Balmaceda en 1891.

5. La Carta de 1980 establecía en su texto primitivo un sistema de control constitucional difuso. Así, al Tribunal Constitucional le correspondía el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y a la Corte Suprema el control a posteriori.

6. La acción de inaplicabilidad de que conoció la Corte Suprema entre los años 1981 y 2005 decía relación con el control de constitucionalidad por vicios de fondo y no de forma de las leyes, a la vez que a partir de los noventa no distinguió entre preceptos legales dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta. La acción podía incluso ejercerse de oficio, lo que sucedió excepcionalmente. La jurisprudencia entendió que se trataba de un control abstracto.

7. Finalmente, mediante la reforma constitucional de 2005, se le otorgó al Tribunal Constitucional el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes a través de la acción de inaplicabilidad (previo requerimiento de parte o de juez) e, incluso, se le facultó para declarar la inconstitucionalidad de las mismas con efectos generales, derogando así la norma con efectos futuros. La acción no es idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema, desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política de la República.

Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*

Sergio Verdugo Ramírez
Profesor-Investigador, Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas
Universidad del Desarrollo
Magíster en Derecho Público
P. Universidad Católica

Resumen: Este trabajo busca reorientar el debate acerca de si procede o no el control constitucional sobre los tratados internacionales. Luego de analizar las principales líneas que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han elaborado, se concluye que el debate no logra escapar de una lógica formalista o literalista, basada en la precisión semántica de expresiones como "precepto legal", "derechos esenciales" y "suspensión de tratados". Se propone revitalizar el debate con líneas argumentales inspiradas en los críticos a la doctrina norteamericana de las cuestiones políticas (*political question doctrine*), para defender la idea de que los tratados internacionales no debieran ser sustraídos del control constitucional, especialmente del represivo.

* * *

"La política exterior no exige el uso de casi ninguna de las cualidades que son propias de la democracia, e impone, al contrario, el desarrollo de casi todas las que le faltan. La democracia favorece el acrecentamiento de los recursos interiores del Estado, difunde el bienestar, desarrolla el espíritu público y fortifica el respeto a la ley en las diferentes clases de la sociedad, cosas que no tienen todas ellas sino una influencia indirecta sobre la posición de un pueblo frente a otro. Pero la democracia sólo podría difícilmente coordinar todos los detalles de una gran empresa, resolverse a un proyecto y seguirlo de inmediato obstinadamente a través de los obstáculos [...] Son cualidades que pertenecen más particularmente a un hombre o a una aristocracia".

Alexis de Tocqueville[1]

* Agradezco la colaboración de Natalia Fajardo, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Agradezco también las conversaciones sostenidas con los profesores Patricio Zapata, José Manuel Díaz de Valdés, Pablo Rodríguez, José Francisco García, Camila Boettiger, Raúl Campusano y Paulina Lobos.
Todas las traducciones al español de los textos en inglés fueron efectuadas por el propio autor.
[1] TOCQUEVILLE (1987) pp. 239-240. (La obra original de Alexis de Tocqueville es de 1835).

Introducción

Mucho se ha escrito sobre a si los tratados internacionales deben estar o no sometidos al control constitucional por parte del Tribunal Constitucional (el "TC"). Por una parte encontramos un grupo de autores que, esgrimiendo la estabilidad de las relaciones internacionales, es favorable a que se elimine este control. Este grupo está compuesto por académicos que denominaré "internacionalistas". Por otra parte, existe otro conjunto de autores que, defendiendo la importancia de respetar la supremacía de la Constitución Política de la República (la "CPR"), se muestran partidarios de permitir que el TC ejerza el control constitucional sobre los tratados. A estos autores los denominaré, en general, los "constitucionalistas"[2].

En este trabajo persigo realizar un diagnóstico del debate. Como se verá, la discusión general ha enfrentado a los autores a defender de manera semántica la manera en que operan determinadas expresiones lingüísticas dentro de la CPR. Así, y en ocasiones confundiendo la norma constitucional con la expresión literal que se encuentra en el texto, que evidentemente no son lo mismo, la doctrina ha hecho grandes y reiterados esfuerzos por precisar si los tratados son o no "preceptos legales" para efectos de la procedencia del recurso de inaplicabilidad[3]. Asimismo, la doctrina se ha preguntado, por ejemplo, si la inaplicabilidad importa o no una "suspensión" del tratado internacional[4].

Pese al gran esfuerzo desplegado por una parte significativa de la doctrina, los razonamientos no han abordado con plenitud una perspectiva de análisis sistemática y finalista de nuestro sistema constitucional, y en muchas ocasiones han olvidado elementos de mucha importancia que podrían ser útiles. Como se verá, en muchas ocasiones el formalismo de algunas posiciones ha conducido a generar debates "bizantinos" cuya solución dependerá del significado que ellos decidan entregarle a las palabras. La discrecionalidad del intérprete, en

[2] Por supuesto, esta clasificación de la doctrina no responde a la especialidad de los profesores que la sostienen. Así, por ejemplo, un especialista en Derecho Constitucional (y no internacional) puede ser considerado un "internacionalista" si defiende la tesis favorable a las relaciones internacionales.

[3] De acuerdo al art. 93 N° 6 de la CPR, el recurso de inaplicabilidad procede en contra de "preceptos legales". Por consiguiente, para defender o cuestionar la procedencia de este recurso en contra de una disposición contenida en un tratado internacional, la doctrina se ha esforzado por conceptualizar dichos tratados dentro (o fuera) de la categoría de preceptos legales. Esta misma idea se planteaba con el primitivo recurso de inaplicabilidad contenido en el modificado art. 80 de la CPR de 1980 original.

[4] Lo anterior tiene relevancia para efectos de lo dispuesto en el art. 54, N° 1, inc. 5° de la CPR, que dispone que las "[D]isposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional". Así, si se cree que los efectos de la inaplicabilidad implican una "suspensión" del tratado, entonces la procedencia de este recurso estaría prohibida. De allí la relevancia de determinar el concepto de "suspensión".

estos casos, impide la formación de consensos doctrinarios y sólo acentúa las diferencias.

Por esta razón, una vez constatado el tipo de debate existente, intentaré reorientar la discusión nacional hacia un camino que permita superar el formalismo, considerando los valores constitucionales relevantes con una visión sistemática de la CPR, tales como el respeto por los derechos constitucionales frente a una interpretación poco deferente con la CPR por parte de jueces internacionales, o la falta al principio de responsabilidad cuando la autoridad negocia, celebra y ejecuta instrumentos internacionales contrarios a la CPR sin verse expuesta a consecuencia alguna.

Para lograr dicho objetivo, esta investigación se basó, en parte, en el debate norteamericano acerca de la doctrina de las cuestiones políticas (*political question doctrine*), que persigue dejar fuera del control constitucional algunos actos específicos, como ocurre con los derivados de las relaciones internacionales. Dicha doctrina, en actual retroceso (y franca desaparición), ha encontrado fuertes críticos que utilizan razones interesantes que podrían ser útiles para el intento de abandonar la discusión semántica que nos tiene atrapados y, de esta manera, avanzar a un nuevo nivel de argumentación. Por esta razón, me centraré en los críticos de esta doctrina.

Se trata, evidentemente, de tradiciones y debates diferentes. Por eso, este trabajo no persigue importar los modelos de control propuestos por los autores, sino que simplemente se propone examinar si las razones que se han invocado para criticar a la doctrina de las cuestiones políticas, son ilustrativas para construir un nuevo marco argumentativo a nivel nacional. Por eso, el debate norteamericano sirve como ejercicio de inspiración, mas no de importación.

Este artículo se divide en dos secciones. En la primera de ellas se analiza de manera crítica la discusión nacional existente. En la segunda sección me referiré a la doctrina norteamericana de las cuestiones políticas, haciendo especial énfasis en las críticas a la misma y procurando examinar la manera en que dichas críticas son útiles para nuestro debate nacional, especialmente para los constitucionalistas. Asimismo, exploraré una nueva línea argumental basada en el carácter democrático de nuestro sistema político.

En definitiva, se concluirá entregando algunas preguntas que constituyen un nuevo marco de trabajo para quienes quieran estudiar una defensa más sofisticada en apoyo de la posición constitucionalista.

Sección I. El debate nacional acerca de la procedencia del control constitucional de los tratados internacionales

1. Breve revisión de la literatura nacional en materia de control de tratados

La doctrina nacional ha sido particularmente generosa en cuanto a la cantidad de trabajos existentes que tratan la relación entre los tratados internacionales y la CPR. Atendidas las reformas constitucionales del año 1989 y del año 2005, durante la vigencia de la CPR de 1980 uno puede advertir la existencia de tres momentos: primero, el que comprende el período 1980-1989; segundo, el período 1989-2005 y, tercero, el período que va desde el 2005 hasta la fecha.

En el período previo a la reforma constitucional de 2005 encontramos un contexto que comprendía, entre otros, los siguientes elementos de análisis: el recurso de inaplicabilidad estaba entregado a la Corte Suprema; se debatía fuertemente acerca de los alcances de la reforma constitucional de 1989 al art. 5° de la CPR[5]. Adicionalmente, la doctrina se ocupó de examinar acerca de si era o no conforme a la CPR el conocido Estatuto de Roma, que instituye la Corte Penal Internacional. La sentencia del TC que declaró su inconstitucionalidad en el ejercicio de su control preventivo el año 2002[6], derivó en la realización de una reforma constitucional algunos años después[7].

Dentro de este período se encuentran numerosos trabajos. Algunos tratan específicamente la relación entre los tratados internacionales y la CPR[8] y otros

[5] Con esta reforma, se introdujo un inciso 2° al art. 5°, disponiendo que el límite al ejercicio de la soberanía consistente en el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se complementa con la obligación del Estado de "respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta modificación dio lugar a la siguiente afirmación: si los tratados reconocen derechos esenciales, y ellos son un límite al ejercicio de la soberanía (lo que incluye el ejercicio de la potestad legislativa e incluso la constituyente), entonces dichos tratados pasan a tener una categoría superior.

[6] Tribunal Constitucional (2002) Rol 346-2002. Véase además otra sentencia relevante para este período: la sentencia del Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, que se pronuncia sobre el convenio 169 de la OIT. Esta sentencia contiene un test que utiliza el TC en el control de tratados. Dicho test comprende los siguientes pasos de revisión: 1. La gravedad que implica la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado; 2. La presunción de constitucionalidad de las cláusulas; 3. Determinar si el Tratado contiene o no cláusulas autoejecutables; 4. La importancia de las cláusulas de salvaguardia propias del Tratado; 5. Si las cláusulas cuestionadas son o no conciliables o compatibles con el derecho nacional; 6. Si existen normas semejantes en el derecho interno; 7. La interpretación que de las cláusulas haga el Presidente de la República, como conductor de las relaciones internacionales.

[7] Véase la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009, que introduce una disposición transitoria (vigésimo cuarta) a la CPR permitiendo la aprobación del Estatuto de Roma. Luego de ello, fue enviado nuevamente el tratado internacional para efectos del control preventivo obligatorio. El TC lo declaró constitucional sin mayores consideraciones. Tribunal Constitucional (2009) Rol 1415-2009.

[8] FERNÁNDEZ (1989) (2003); SAENGER (1993); NOGUEIRA (1993) (1996); TRONCOSO y VIAL (1993); CUMPLIDO (1996); BERTELSEN (1996); IRIGOIN (1996); GAETE (1996); PRECHT (1996); INFANTE (1996); RÍOS (1997) (1998); PFEFFER (1997) (2003); CALDERÓN (1999-A) (1999-B); CEA (1999); MO-

son de carácter más general[9]. Dentro de los trabajos especializados, hay que distinguir los que se refieren de manera particular a la modificación del art. 5° de la CPR mediante la reforma constitucional de 1989[10], y otros que tratan de forma especial el problema de la Corte Penal Internacional[11]. Algunos de estos trabajos van más allá de lo estrictamente jurídico-positivo, tratando la materia desde la perspectiva del fenómeno de la globalización[12].

En cuanto a la discusión relativa a la posibilidad de que se ejerza control constitucional sobre los tratados internacionales, si bien no todos los autores defienden una posición de manera expresa, la mayoría de ellos toma partido. Así, algunos se manifiestan en contra del ejercicio del control constitucional (los internacionalistas)[13], y otros se muestran a favor (los constitucionalistas)[14].

Por otra parte, esta discusión también fue abordada en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (la "CENC"), la que trató el problema de los tratados internacionales en varias oportunidades[15], proporcionando elementos interesantes para el debate, sin perjuicio de que no entrega respuestas concluyentes. No ocurrió lo mismo con el Consejo de Estado, el que sólo se refiere a la materia de forma accidental y sin mayor profundidad[16].

Si miramos la jurisprudencia constitucional, antes de la reforma de 2005 hubo varias sentencias del TC que aportaron a la discusión relativa de los tratados

HOR y VARAS (2000); RODRÍGUEZ (2000); BRUNA (2000); TRONCOSO (2000); ROJAS (2000); ARAB (2000); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); GAMBOA (2000) (2002); FERMANDOIS (2003); ANDRADE (2003).

[9] SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 112-130; Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) pp. 126-131; GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005); BENADAVA (2005).

[10] FERNÁNDEZ (1989); CUMPLIDO (1996); INFANTE (1996); RÍOS (1997); ANDRADE (2003).

[11] CEA (1999); CALDERÓN (1999-A); BRUNA (2000); MOHOR y VARAS (2000); TRONCOSO (2000); ROJAS (2000); ARAB (2000); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); GAMBOA (2002); FERMANDOIS (2003).

[12] FERNÁNDEZ (1998) (1999) (2003); CEA (1999); AGUILAR (2007).

[13] Se pronuncian expresamente, entre otros, los siguientes: Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) pp. 126-131; TRONCOSO (2000); GAMBOA (2000); PFEFFER (2003); FERNÁNDEZ (2003). Este último autor rechaza el control represivo en una perspectiva de conveniencia.

[14] Cabe hacer presente que el llamado "grupo de los 24", presidido por Patricio Aylwin, propuso establecer expresamente el control constitucional de los tratados internacionales. ANDRADE (1993) p. 362. Otros autores que se han pronunciado a favor del control constitucional sobre los tratados son: SAENGER (1993) pp. 661-664; BERTELSEN (1996) p. 219; RÍOS (1997) p. 111; Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251 (excepcionan expresamente los tratados sobre derechos humanos); PFEFFER (1997); RODRÍGUEZ (2000); BRUNA (2000); SILVA BASCUÑÁN (2002) p. 183 (aunque este último autor reconoce que la naturaleza del tratado es diferente a la de la ley); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); FERMANDOIS (2003).

[15] Véanse en las actas de la CENC, entre otras, las siguientes sesiones: sesión 47, de 20 de junio de 1974; sesión 345, de 4 de abril de 1978; sesión 364, de 3 de mayo de 1978; sesión 368, de 1978; sesión 367, de 1978.

[16] Véanse las siguientes sesiones del Consejo de Estado: sesión 80, de 10 de julio de 1979; sesión 85, de 14 de agosto de 1979; sesión 99, de 18 de diciembre de 1979; sesión 110, de 1 de julio de 1980. Véase una reproducción de las actas del Consejo de Estado en ARANCIBIA *et al.* (2008).

internacionales[17], siendo la más importante de ellas la que declara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma[18].

El siguiente momento constitucional de los tratados en nuestro régimen interno comienza con la reforma constitucional de 2005, la que agregó elementos nuevos a la discusión. Ello no significó, no obstante, que lo tratado antes del año 2005 haya perdido vigencia. En efecto, y como veremos, la reforma fortaleció el debate, manteniendo intactos los argumentos primitivos y añadiendo otros que los complementan.

Los trabajos posteriores al 2005 no son tan abundantes como en el período anterior. No obstante, no deja de llamar la atención la polémica desatada y la manera en que ésta se continúa intensificando. La discusión recién está empezando, a raíz de la controvertida sentencia del TC del año 2009, que declara con numerosas disidencias y prevenciones la procedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales y, al mismo tiempo, la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales respecto de los mismos[19-20].

Respecto de los trabajos escritos en este período hay que distinguir aquellos que tratan la relación entre la CPR y los tratados de manera específica[21], y aquellos que se refieren a materias más generales relacionadas con el régimen constitucional de los tratados[22]. Los autores citados se encuentran divididos: algunos están expresamente en contra del control constitucional sobre los tratados internacionales (los internacionalistas)[23], y otros están a favor del control constitucional (los constitucionalistas)[24]. Nótese que el número de trabajos provenientes de la doctrina constitucionalista ha bajado notoriamente en este período.

[17] Entre muchos otros, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional (1987) Rol 46-1987, Tribunal Constitucional (1999) Rol 288-1999, Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, Tribunal Constitucional (2000) Rol 312-2000, Tribunal Constitucional (2002) Rol 346-2002, Tribunal Constitucional (2003) Rol 383-2003.

[18] Sobre un buen análisis de la jurisprudencia nacional de tribunales pertenecientes al Poder Judicial, véase HENRÍQUEZ (2008).

[19] Tribunal Constitucional (2009) Rol 1288-2008. En el período posterior al año 2005, hay otras sentencias relevantes además de la ya citada. Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional (2008) Rol 834-2007, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1340-2009, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1415-2009, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1483-2009, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1504-2009.

[20] Sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del TC, véase PEÑA (2008).

[21] LLANOS (2005); NOGUEIRA (2005) (2007); PEÑA (2006) (2008); CAMPUSANO (2006); HENRÍQUEZ (2007) (2008); RIBERA (2007); CRUZ (2009).

[22] CEA (2008); AGUILAR (2007); HENRÍQUEZ (2009); RÍOS (2007); ALDUNATE (2008).

[23] PEÑA (2006) (2008); NOGUEIRA (2005) (2007); CRUZ (2009); HENRÍQUEZ (2007) (2008) (2009). Esta última autora está en contra del control represivo, pero acepta (y propone extender) el control preventivo.

[24] Entre ellos, véase el excelente trabajo de RIBERA (2007).

Como puede apreciarse, la literatura existente es muy fecunda. Sin embargo, se observan en ella diversas polémicas que están lejos de solucionarse. Un acuerdo doctrinario es difícil[25].

2. Debate acerca de la procedencia del control constitucional sobre los tratados

La discusión nacional respecto a si procede o no el control constitucional sobre los tratados internacionales admite varias aristas relacionadas. Entre ellas, la jerarquía normativa de los mismos y su posición en el ordenamiento jurídico; el valor de los tratados internacionales que reconocen y aseguran derechos esenciales; la responsabilidad internacional del Estado frente a incumplimientos respecto del mismo; las atribuciones del Congreso Nacional en el trámite de su aprobación; las amplias atribuciones del Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado; el concepto constitucional de soberanía; la autoejecutividad de los tratados en el plano interno, entre otros.

Un análisis cabal de todas estas aristas escapa al objetivo de este trabajo. Por ello, me centraré en los aspectos más reiterados por los autores de ambas posiciones. Para ello separaré la discusión en dos momentos: antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005, y después de la entrada en vigencia de dicha reforma[26].

2.1. Discusión que comprende el período anterior a la reforma del año 2005

El centro fundamental de la discusión que, como vimos, abarcaba muchas otras aristas relacionadas, decía relación con el rango jerárquico de los tratados internacionales frente a la CPR y a la ley. Para resolver la pregunta acerca de la verdadera jerarquía de los tratados, la doctrina se centró en uno de los requisitos del primitivo (y también del actual) recurso de inaplicabilidad: la existencia de un "precepto legal". Así, entonces, la discusión se centró en la interpretación de esta expresión, dando origen al problema semántico que persigue dilucidar si los tratados son o no "preceptos legales". Las posiciones se dividen en constitucionalistas e internacionalistas.

[25] Cabe hacer presente que las disposiciones actuales de la CPR que constituyen el régimen constitucional de los tratados internacionales son las siguientes: Arts. 5°, inc. 2°; 24; 32 N° 8, 15 y 19; 40; 43; 54 N° 1; 64; 93 N°s 1 y 3; decimoquinta y vigésimo cuarta transitoria.

[26] Sin perjuicio de ello, los trabajos posteriores al año 2005 serán, en algunas oportunidades, igualmente citados en el primer período, debido a que los argumentos dados por los mismos se comunican de manera evidente. De esta manera, en el apartado relativo al contexto posterior al año 2005 sólo trataré los argumentos que se deriven directamente de las modificaciones constitucionales sufridas por la reforma.

2.1.1. Los constitucionalistas

Varios trabajos constitucionalistas asimilaban los tratados internacionales a los "preceptos legales", justamente con el objeto de que ellos no fueran sustraídos de la justicia constitucional[27]. Algunos autores internacionalistas, como veremos, critican fuertemente esta tesis[28] y otros la relativizan admitiendo la asimilación de los tratados a los preceptos legales sólo si el tratado no versa sobre derechos esenciales, caso en el cual ocuparían una posición diferente[29]. Otra parte de la doctrina ha defendido la idea de que existe una diferencia entre "ley" y "precepto legal". En este sentido, el tratado internacional es un "precepto legal" por regular materias de ley, pero no una "ley" en su sentido más estricto. De esta manera, se justificaba la procedencia del recurso de inaplicabilidad[30].

Las razones que invocan los constitucionalistas para hacer equivalentes los tratados con los preceptos legales son las siguientes:

i) Ellos se tramitan como una ley[31-32], de acuerdo al primitivo art. 50, N° 1 y actual art. 54, N° 1 de la CPR. Si tienen el mismo procedimiento, dan lugar a una fuente similar.

Así, entre otros aspectos, los tratados internacionales se aprueban con el mismo quórum parlamentario dispuesto para la ley (art. 54, N° 1 de la CPR)[33]. Así, se demuestra que si el constituyente les ha entregado a los tratados la misma rigidez que a las leyes, entonces les ha entregado una importancia similar y equivalente.

---

[27] FERNÁNDEZ (1989) p. 818; SAENGER (1993) p. 667; RODRÍGUEZ (2000); MONSÁLVEZ (2002) p. 148. En un sentido similar se pronuncian parcialmente Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251. Véanse otros trabajos citados por SILVA BASCUÑÁN (2002) p. 183, aunque este último autor no comparte plenamente lo dicho. Un trabajo actual que asimila los tratados a los preceptos legales es el de RIBERA (2007) p. 103. La gracia de este último trabajo consiste en que es posterior a la reforma constitucional del año 2005.

[28] Entre ellos, destaca PRECHT (1996), quien durante su trabajo la denomina en varias ocasiones como "tesis reduccionista".

[29] Véase, por ejemplo, la posición de CEA (2008) p. 218.

[30] PFEFFER (1997) p. 70. Algo parecido plantea RIBERA (2007) p. 106.

[31] FERNÁNDEZ (1989) p. 818; SAENGER (1993) pp. 661 y 663; Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251; RODRÍGUEZ (2000) p. 47.

[32] Cabe hacer presente que este argumento también es utilizado a la inversa: si la CPR ordena que los tratados se tramiten como una ley, es porque los distingue como fuentes diferentes. PFEFFER (2003) p. 472; PRECHT (1996) pp. 389-390. Este argumento cobra mucha fuerza con la reforma constitucional de 2005, como se verá más adelante.

[33] RÍOS (1997) p. 111; RODRÍGUEZ (2000) p. 50. Otro autor sostiene que si los tratados internacionales versan sobre derechos fundamentales, ellos deberían ser aprobados con las mayorías que se requieren para modificar la CPR. CUMPLIDO (1996) p. 258. Discrepando de ello, en una posición minoritaria otro autor dice que todas las normas provenientes de los tratados internacionales deben ser aprobadas con quórum simple, por tratarse de leyes comunes. SAENGER (1993) p. 661.

ii) La intervención de los poderes colegisladores le da fuerza de ley[34]. No es menor la consideración acerca de la identificación de los titulares de la potestad internacional (el Presidente de la República y el Congreso en su rol de aprobación o control) con los titulares de la potestad legislativa.

iii) Si los tratados no fueran considerados como preceptos legales, los mismos tendrían la capacidad para modificar la CPR[35], lo que sólo puede realizarse cumpliendo el procedimiento del capítulo final de la Carta Fundamental[36].

iv) El valor jurídico de los tratados internacionales deriva justamente de la CPR, igual que la ley[37]. Este es un argumento derivado de la jerarquía (con obligatoriedad y validez derivada) que implica la existencia de un sistema normativo basado en la CPR.

v) Los tratados internacionales regulan materias propias de ley[38]. Si las cosas en Derecho deben definirse de acuerdo a su contenido, independientemente de las formas en que dichos contenidos estén inmersos, entonces hay que atender a las materias de ley para verificar si existe una identificación material entre los tratados y las leyes. Si la respuesta es afirmativa, entonces los tratados son leyes materiales.

vi) La propia Convención de Viena autoriza (aunque excepcionalmente) invocar el Derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional (arts. 27 y 46 de dicha Convención)[39].

vii) El Jefe de Estado, encargado de las relaciones internacionales, tiene como primera obligación respetar y hacer que se respete la CPR. De esta manera "[r]esulta inadmisible pensar que el Presidente de la República pueda negociar, concluir, firmar y ratificar un tratado que sea contrario a la Constitución y a las normas preexistentes contenidas en tratados (...). Más aún si (...) ha jurado o prometido guardar y hacer guardar la Constitución"[40].

---

[34] RODRÍGUEZ (2000) p. 48.

[35] Esto es reconocido por el propio Humberto Nogueira: "El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecida por el propio constituyente (...) distinto del procedimiento del constituyente derivado del Capítulo XIV de la Constitución". VERDUGO *et al.* (2002) p. 126. Por su parte, otros autores reconocen que los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales amplían la CPR. TRONCOSO y VIAL (1993) p. 698.

[36] SAENGER (1993) p. 654; RÍOS (1997) p. 111; SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 128; RODRÍGUEZ (2000) pp. 48-49; CRUZ-COKE (2002) p. 142; MONSÁLVEZ (2002) p. 151; ANDRADE (2003) p. 401; PFEFFER (2003) pp. 480-481.

[37] SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 129; RODRÍGUEZ (2000) p. 50.

[38] FERNÁNDEZ (1989) p. 818.

[39] RODRÍGUEZ (2000) p. 51. También se ha dicho que un tratado contrario a la CPR, en realidad, nunca podría significar que el Estado hubiera contraído obligaciones, ya que estas no se habrían producido debido a su vicio de inconstitucionalidad. PFEFFER (1997) p. 70.

[40] PFEFFER (2003) p. 69.

En conclusión, para esta postura constitucionalista, los preceptos legales son susceptibles de ser controlados mediante el control preventivo y el recurso de inaplicabilidad, por lo que los tratados internacionales quedan bajo el sistema de defensa de la supremacía constitucional.

2.1.2. Los internacionalistas

Por su parte los internacionalistas sostienen una postura contraria a la recién expuesta. Ellos indican que los tratados son fuentes diferentes a los preceptos legales y que su jerarquía es superior o, a lo menos, de naturaleza diversa[41]. Las razones invocadas por este grupo de autores internacionalistas son las siguientes:

i) El origen de los tratados es convencional o contractual, en cuanto son acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional Público y su vulneración implica contrariar la buena fe y el *pacta sunt servanda*[42-43]. Así, los tratados son una fuente diferente a la legal, y la consecuencia de su infracción, además de ser especialmente grave, es también diferente. Para esta postura, entonces, mientras la ley es un acto unilateral del Estado, el tratado es un acuerdo entre dos o más sujetos[44].

El problema de este argumento es que atiende a la naturaleza de la norma para definir su jerarquía, en circunstancias que ello no es necesariamente concluyente. Hay muchas normas de naturaleza diferente a la legal que siguen estando bajo la supremacía de la Constitución, como ocurre con los decretos con fuerza de ley, los reglamentos y los mismos contratos. Además, si se observan las materias que regulan los tratados, podrá apreciarse que ellas muchas veces corresponden al dominio legal, por lo que materialmente no son muy diferentes a la ley.

ii) Las disposiciones de la Convención de Viena prohíben invocar el Derecho interno para infringir compromisos internacionales[45]. Su infracción es sólo excepcional y se justifica en la medida en que la propia Convención lo autoriza. Este argumento será válido en la medida en que le reconozcamos una autoridad especial a la Convención, lo que hace difícil sostenerlo frente a la supremacía constitucional.

[41] CEA (1999) p. 357; GAMBOA (2000) p. 26; ARAB (2000) pp. 34-35; HENRÍQUEZ (2009) p. 51.
[42] PFEFFER (1997) p. 68; PFEFFER (2003) p. 473; AGUILAR (2007) pp. 268-269; HENRÍQUEZ (2009) p. 53.
[43] Cabe hacer presente que este argumento es reconocido y relativizado por el propio RODRÍGUEZ (2000) p. 49.
[44] NOGUEIRA (1993) p. 887; HENRÍQUEZ (2009) p. 51.
[45] CEA (1999) p. 357 y CEA (2008) p. 221; FERNÁNDEZ (2003) p. 496; GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) pp. 96-97; AGUILAR (2007) p. 268; ARAB (2000) p. 34; PFEFFER (2003) p. 473

iii) La facultad del Congreso de aprobar o desechar tratados internacionales no es parte de su función legislativa, sino que de sus atribuciones exclusivas[46]. Este razonamiento descansa en el lugar donde se ubica el texto de la regulación constitucional de los tratados.

La debilidad de esta afirmación radica en que la asimilación de los tratados a la ley no debe realizarse procedimentalmente, sino que materialmente. Por eso, es irrelevante la ubicación "geográfica" de la norma dentro del documento que contiene la CPR, ya que lo que importa son las materias objeto de los tratados. Por lo demás, este razonamiento no elimina el hecho de que sea el Congreso la autoridad llamada a aprobar o rechazar un tratado. La función de control del Congreso denota la preocupación del constituyente de que los tratados no sean sometidos a una revisión diferente e independiente del Ejecutivo.

iv) La norma del art. 5° prima por sobre las otras normas de la CPR[47]. Este argumento se fortalece por el hecho de que dicha norma es una base de la institucionalidad; en que contiene límites al ejercicio de la soberanía, restringiendo con ello al propio poder constituyente derivado; y a que trata acerca de los derechos esenciales, que son superiores a cualquier acto estatal, entre otros.

v) Los tratados tienen causales de extinción diferentes a la ley[48]. Así, se justifica que los tratados operen como un sistema normativo paralelo, con sus propias normas de vigencia, lo que se fortalece si se considera el art. 54, N° 1, inc. 5° de la CPR.

Esta tesis puede ser atacada de dos maneras: en primer lugar, no permite superar todos los problemas que plantea el dualismo y, en segundo lugar, el control constitucional no obsta a que existan causales de extinción diferentes.

vi) Como ya se dijo, el hecho que la CPR ordene que los tratados se aprueben siguiendo los trámites de una ley, significa que los distingue como fuentes distintas[49]. Si fueran fuentes equivalentes, no habría sido necesaria una aclaración del constituyente en ese sentido. Este argumento cobra mucha fuerza, como se verá, con la reforma constitucional del año 2005, en tanto se dispone que los tratados se tramitarán "en lo pertinente", de acuerdo al procedimiento de formación de la ley (art. 54, N° 1, inc. 1°). La expresión "en lo pertinente" implica que en lo que sea "impertinente" los tratados se regirán por un sistema diferente.

[46] SILVA BASCUÑÁN (2002) p. 183.
[47] CEA (2008) p. 221.
[48] PRECHT (1996) pp. 390-391.
[49] PFEFFER (2003) p. 472; PRECHT (1996) pp. 389-390.

vii) Existen trámites de formación que se le aplican a la ley, pero no al tratado, como ocurre con los siguientes: régimen de insistencias, indicaciones, comisiones mixtas, sanción o veto[50], el tratado siempre es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República,[51] no le rige el sistema de las ideas matrices y no existe obligación de ratificar ante el silencio del Ejecutivo luego de la aprobación del proyecto[52-53]. Todas estas diferencias vienen a demostrar la naturaleza diferente de ambas fuentes.

Este argumento y el anterior son débiles por la siguiente razón: no porque sigan trámites diferentes significa que la fuente tenga un valor jurídico distinto. En efecto, en el caso de los decretos con fuerza de ley, de los decretos leyes, y de las leyes dictadas por la Junta de Gobierno durante el período constitucional regulado en las primitivas disposiciones transitorias, existen normas de tramitación diferente a la legislativa y, sin embargo, todas ellas tienen la fuerza de una ley.

Por otra parte, alguna doctrina internacionalista, o vinculada a este grupo de autores, llega a darle rango constitucional a aquellos tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales[54], o incluso un rango superior a la CPR[55]. Según el primer subgrupo de internacionalistas, los únicos tratados cuyo valor se podrían asimilar a la ley son aquellos que no tratan acerca de derechos esenciales[56], ya que la reforma constitucional de 1989 debería haber producido un efecto útil. Sostener lo contrario significaría desconocer que las reformas agregan algo a la CPR[57]. En este sentido, procedería el control constitucional respecto de los otros[58].

[50] MOHOR y VARAS (2000) p. 116; PRECHT (1996) p. 389.
[51] PRECHT (1996) p. 388.
[52] PRECHT (1996) p. 389.
[53] Incluso se ha llegado a decir que los tratados internacionales no deben ser promulgados. NOGUEIRA (2005) p. 385.
[54] Ellos formarían parte de la "Constitución material". Véase NOGUEIRA (1993) p. 887; Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) p. 126. En este sentido, véase IRIGOIN (1996) p. 301-302; TRONCOSO y VIAL (1993) p. 697; Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251-252; ARAB (2000) p. 34-35; BENADAVA (2005) p. 88-89; CEA (2008) p. 220-221; GAETE (1996) p. 274-275. Este último autor agrega que las normas relativas al *jus cogens* humanitario son superiores incluso que la CPR.
[55] AGUILAR (2007) p. 263; CEA (2008) p. 218. Este último autor sólo dice que prima el tratado internacional sobre la CPR cuando el tratado versa sobre derechos esenciales. El resto de los tratados tiene rango de ley. Por otra parte, Miguel Ángel Fernández deja entrever esta posición al sostener que una reforma constitucional es poco factible, "máxime si con ella, *como no podría ser de otra manera*, tiene que señalarse la superioridad normativa de los tratados internacionales sobre nuestro ordenamiento jurídico interno, incluyendo por cierto la Constitución". FERNÁNDEZ (2003) p. 495 (la cursiva es nuestra). El solo hecho de proponer una reforma así da a entender que nuestra CPR no dice lo anterior o, al menos, no lo regula.
[56] Entre otros, TRONCOSO y VIAL (1993); IRIGOIN (1996) p. 302; CEA (2008) pp. 218-219.
[57] Citando a Cecilia Medina, esta visión es explicada por TRONCOSO y VIAL (1993) p. 697.
[58] Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251. Esta parece ser la posición de CEA (2008) pp. 218-219.

El argumento del efecto útil se ha criticado por parte de la doctrina, ya que la reforma igual tiene un sentido: fortalecer y reforzar los límites al ejercicio de la soberanía[59]. Por otra parte, esta tesis implica separar el contenido del tratado para visualizar su verdadero rango: por un lado están las normas que reconocen derechos esenciales y por otro lado hay normas que no. Ello trae muchos inconvenientes, que son denunciados agudamente por Aldunate[60]. ¿Cuáles son los derechos esenciales? ¿Un tratado de libre comercio regula derechos esenciales? (piénsese en la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad) ¿Y uno de extradición? (piénsese en el debido proceso) ¿Y uno sobre derechos del trabajador?

Volviendo a la tesis internacionalista, al no ser considerados "preceptos legales", los tratados quedan fuera del sistema de defensa de la supremacía constitucional, ya que su concepto no es compatible con el presupuesto del recurso de inaplicabilidad y, por consiguiente, tampoco pueden ser expulsados del sistema jurídico con efectos generales de acuerdo al art. 93 N° 7 de la CPR.

Existe otra parte importante de la doctrina que defiende una tesis intermedia que se aparta del formalismo semántico que se observa en la discusión recién descrita. Esta doctrina tiende a favorecer el control constitucional sobre los tratados reconociendo en estos sus particularidades propias. Según esta posición, si bien los tratados internacionales no son iguales a la ley, ellos no pueden sustraerse de la supremacía constitucional. De esta forma, se ha propuesto que los tratados sobre derechos esenciales están por sobre la ley, pero bajo la CPR. El que mejor explica esta visión es Bertelsen[61], aunque también hay otros autores que han seguido una línea similar[62]. Por esta razón, no obstante que los tratados no pueden asimilarse a las leyes, sí pueden ser objeto del control constitucional[63]. Esta parece ser lo más coherente con la opinión de la CENC[64-65].

[59] Sobre este punto, véase la completa visión de RÍOS (1997) pp. 102-103. Este autor agrega que el sentido de la reforma es la promoción de los derechos fundamentales. RÍOS (1997) p. 104.

[60] Véase ALDUNATE (2008) pp. 340-342.

[61] Refiriéndose a las visiones tradicionales (jerarquía constitucional o legal), Bertelsen agrega que "Ni la una ni la otra solución, sino una diversa, que podríamos caracterizar como 'infra' y 'supra'. 'Infra', esto es, por debajo de la Constitución, pero 'supra', por encima de la legislación y el resto de las normas jurídicas de derecho interno". BERTELSEN (1996) p. 214.

[62] SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 124-125; CALDERÓN (1999-B) p. 140; CRUZ-COKE (2002) p. 143; ANDRADE (2003) p. 401

[63] BERTELSEN (1996) p. 219.

[64] En efecto, destaca la propuesta de Alejandro Silva Bascuñán, quien era partidario de incorporar al art. 1° de la CPR una frase que definiera la jerarquía de los tratados internacionales como inferiores a la CPR, pero superiores a la ley. Su propuesta, alabada por Ovalle, Diez, Evans y Ortúzar, fue rechazada por ser muy específica para el art. 1°. Véanse las actas de la CENC, sesión 47, de 20 de junio de 1974.

[65] También es conteste con la opinión de Philippi, expresada dentro del Consejo de Estado, que es una de las pocas intervenciones relevantes que consta en las actas de dicho Consejo: "(...) canjeadas las ratificaciones, el tratado adquiere, *al menos*, fuerza de ley" (la cursiva es nuestra). Sesión 80, de 10 de julio de 1979, en ARANCIBIA *et al.* (2008) p. 513.

2.1.3. Algo más sobre la discusión entre internacionalistas y constitucionalistas

Como se ha visto, el debate sobre el control constitucional tiene muchas aristas. Una de ellas, además de la jerarquía y de su asimilación a la ley, dice relación con el argumento de la soberanía. En efecto, varios autores constitucionalistas creen que firmar tratados internacionales sobre jurisdicción internacional implica renunciar a una parte de la soberanía nacional, lo que sería inconstitucional[66]. Ello afectaría no sólo la titularidad constitucional del art. 5° en el ejercicio de la soberanía, sino que también negaría el "principio internacional de igualdad entre los Estados"[67] y el "deber de defensa de la soberanía"[68]. Este argumento es parte de un debate más específico, por cuanto versa acerca de la creación de tribunales internacionales, lo que se corresponde a una especie particular de tratados. Sin perjuicio de ello, vale la pena mencionarlo porque es ilustrativo de la variedad de argumentos que pueden esgrimirse, demostrando que el problema constitucional de los tratados es complejo[69].

Dentro de este debate relativo a la soberanía, algunos internacionalistas han rechazado este argumento sosteniendo que la jurisdicción internacional actúa de manera subsidiaria[70], pese a que uno de estos autores internacionalistas reconoce que todos los tribunales internacionales determinan su propia competencia[71].

---

[66] MOHOR y VARAS (2000) pp. 105-110 y 113; BRUNA (2000) p. 436; ROJAS (2000) pp. 17-20; CRUZ-COKE (2002) pp. 143-144; FERMANDOIS (2003) p. 476; CRUZ (2009) p. 107.

[67] FERMANDOIS (2003) pp. 476-482.

[68] MOHOR y VARAS (2000) p. 117.

[69] Como una muestra de lo acalorado que podía llegar a ser este debate, algunos opinaban que no ratificar el tratado de la Corte Penal Internacional significaba permitir un "atropello a la soberanía". CEA (1999) pp. 355 y 360-361. Este autor se refiere, en particular, a la retención de Augusto Pinochet por jurisdicciones extranjeras.

[70] TRONCOSO (2000) pp. 410-412. Fermandois rechazó este argumento en el caso de la Corte Penal Internacional, citando normas del Estatuto de Roma que relativizaban lo señalado. Véase FERMANDOIS (2003) p. 476. Este argumento también es rechazado por ROJAS (2000) pp. 18-19; ARAB (2000) pp. 44-47; MOHOR y VARAS (2000) pp. 105-107.

[71] TRONCOSO (2000) pp. 414-415. En el requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Tratado que aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se argumentó que el Estatuto sometido a la aprobación del Congreso violaba la soberanía jurisdiccional, porque supondría una renuncia a la potestad esencial de administrar justicia que corresponde a todo Estado independiente, permitiendo que un organismo foráneo, calificado como "supranacional", ejerciera jurisdicción penal directa sobre los nacionales chilenos y dentro del territorio nacional, superponiéndose a la jurisdicción penal interna. Para sustentar el argumento, los requirentes afirmaron que el principio de complementariedad consagrado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional no era efectivo ni constituía un resguardo de la soberanía interna, porque, en su opinión, la competencia de la Corte sería plena y se superpondría a la de los tribunales nacionales, pudiendo ser paralela e incluso contradictoria con ella. Haciéndose cargo del argumento, el Presidente de la República señaló que los requirentes cometían un error al suponer que la complementariedad de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales debiera equivaler a su incompetencia absoluta y total inhibición frente a la actividad jurisdiccional interna de los Estados parte, cualquiera que fuera ésta o como quiera que sea ésta. Tal suposición, se dijo, responde a la falsa idea de que la jurisdicción de la Corte, entendida como poder o facultad de juzgar, es la misma que corresponde y que es propia de las jurisdicciones penales internas de los Estados, desconociendo la especialidad que, por naturaleza y materia, caracteriza a la jurisdicción penal internacional que consagra el Estatuto de Roma.

Otros internacionalistas refutan ese argumento invocando dos razones básicas: por una parte, en que el concepto moderno de soberanía es diferente al concepto clásico, citando para ello el caso europeo[72-73] y, por otra, en que los tratados internacionales relativos al humanismo y a los derechos fundamentales gozan de un carácter especial. Se razona sobre el art. 5°, inc. 2° de la CPR[74-75-76].

Hay, en la doctrina constitucionalista, críticos de esta visión que sostienen, por un lado, que el concepto de soberanía europeo implicó modificar las Cartas Fundamentales en Europa[77] y, por otro, que elevar los tratados internacionales a una jerarquía especial no fue la intención del constituyente derivado de 1989[78-79].

Otra arista del debate dice relación con el compromiso asumido por Chile en la Convención de Viena. Este problema consiste en que ciertos autores invocan dicha convención para sostener que el Derecho Internacional no puede modificarse por el Derecho interno[80]. Esto es rebatido por cierta doctrina[81], ya que invocar la Convención de Viena para cometer una inconstitucionalidad sería darle a dicha convención "en los hechos, un rango supraconstitucional"[82]. Por lo demás, la propia Convención de Viena (art. 46) admite la posibilidad de que el tratado sea incumplido.

En Derecho Internacional, la infracción de los tratados implica una vulneración también a dicha Convención, lo que origina responsabilidad para el Estado. Como el control constitucional sobre un tratado internacional puede significar su eventual inaplicabilidad o incluso su expulsión del ordenamiento jurídico, puede generar incumplimiento de sus disposiciones por parte del Estado de

[72] CEA (1999) pp. 354-356. Véase también FERNÁNDEZ (1998); GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) p. 99.
[73] En relación a ello, incluso se llega a hablar de una supuesta "internacionalización del Derecho Constitucional". CEA (1999) pp. 354 y 358; AGUILAR (2007) en el título mismo de su obra.
[74] Debe recordarse que, para algunos, esta disposición regula el "procedimiento de incorporación" por el cual "una norma internacional pasa a formar parte automática del Derecho Interno". GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) p. 96. Ver también PFEFFER (1997) p. 64; GAETE (1996) p. 266; NOGUEIRA (1993) p. 884.
[75] CEA (1999) pp. 356, 358-359; AGUILAR (2007) p. 269; TRONCOSO (2000) pp. 416-417. Este aspecto de la soberanía es reconocido por SAENGER (1993) p. 664 y por CRUZ-COKE (2002) p. 143, quienes no obstante no llegan a la conclusión de los otros autores citados.
[76] Muy ilustrativo resulta el ejercicio de Pfeffer, quien separa el estudio de los tratados que no regulan derechos esenciales como categoría diferente. PFEFFER (1997) p. 63.
[77] BERTELSEN (1996) pp. 212-214; FERMANDOIS (2003) p. 479
[78] CUMPLIDO (1996) pp. 257-258; RÍOS (1997), pp. 102-103; BRUNA (2000) p. 437.
[79] Véase también la opinión de FERNÁNDEZ (1989) pp. 818-819, quien indica que la reforma de 1989 al art. 5° de la CPR no alteró en absoluto la relación existente entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. En este mismo sentido, véase BERTELSEN (1996) p. 219.
[80] CEA (1999) p. 357; FERNÁNDEZ (2003) p. 496; PFEFFER (2003) p. 473; AGUILAR (2007) p. 268.
[81] PFEFFER (1997) p. 70; RODRÍGUEZ (2000) p. 57; MONSÁLVEZ (2002) pp. 151-152; RIBERA (2007) p. 114.
[82] RIBERA (2007) p. 114.

Chile. Ello podría implicar la infracción de la convención respectiva y generar responsabilidad internacional[83]. Por esto mismo, se ha dicho por los internacionalistas que no procede (o que no es conveniente, que no es lo mismo) el control represivo.

Para los constitucionalistas, sin embargo, este argumento confunde las cosas. En efecto, de la posible existencia de una eventual responsabilidad internacional no se sigue necesariamente que el tratado tenga una jerarquía especial, razón por la cual no puede utilizarse este argumento para excluir dichos tratados de la justicia constitucional[84]. Por lo demás la responsabilidad internacional se genera por causa de haber celebrado y ratificado un tratado inconstitucional, y no por causa del ejercicio del control represivo. Si se celebra y ratifica un tratado internacional inconstitucional, probablemente "el Estado se pueda ver en el difícil trance de renegociar sus obligaciones internacionales o denunciar el tratado, con las consecuencias políticas y la posible responsabilidad internacional en que pueda incurrir"[85]. La responsabilidad internacional deberá hacerse efectiva, razón por la cual lo correcto es que las autoridades cumplan su deber de respetar la CPR y eviten celebrar tratados inconstitucionales[86].

Para cerrar esta descripción del debate, me parece conveniente recordar el que, considero, es el principal argumento: los tratados internacionales versan sobre materias propias de ley o, incluso, de reglamento, tal como lo reconoce el propio art. 54, N° 1, inc. 4° de la CPR. Así, cuando el Presidente de la República celebra tratados que versan sobre derechos esenciales, en realidad está dictando una norma con fuerza de ley que debe respetar el régimen de reserva legal a que están sometidos los derechos fundamentales. Los derechos ya están protegidos por la CPR, y los tratados cumplen un rol complementario, razón por la cual el tratado no pasa a tener un rango constitucional[87]. No hay que confundir el tratado (infraconstitucional) y los derechos esenciales (de carácter superior)[88], ya que el primero es sólo un instrumento de reconocimiento o de protección. Se reconoce que "los derechos humanos son una fuente del dere-

[83] Entre muchos autores, véase a GAETE (1996) p. 274; PRECHT (1996) p. 395; GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) p. 97; BENADAVA (2005) p. 89; HENRÍQUEZ (2009) pp. 53-55; CRUZ (2009) p. 102.

[84] RODRÍGUEZ (2000) pp. 49-51.

[85] RIBERA (2007) p. 102.

[86] Cabe hacer presente que el TC ha construido una doctrina de deferencia o de presunción de constitucionalidad de los tratados, justamente debido al efecto que puede ocasionar la sentencia de inconstitucionalidad. Véase Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, considerando 3°. No queda muy claro si esta tesis de deferencia especial difiere en algo respecto de la tesis de la deferencia general al legislador que el TC ha elaborado para el ejercicio de la atribución dispuesta en el art. 93, N° 7, de la CPR.

[87] Véase el testimonio de CUMPLIDO (1996). Este autor, que fue uno de los protagonistas de la reforma constitucional de 1989 que dio vida al nuevo texto del art. 5°, inc. 2° de la CPR, reconoce que "nuestra intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado". CUMPLIDO (1996) p. 258.

[88] BRUNA (2000) p. 437; MOHOR y VARAS (2000) pp. 114-115.

cho en sí misma y en toda propiedad"[89]. Así, "(...) lo que tiene o tendría rango constitucional son los derechos esenciales contenidos en esos documentos y no el documento mismo, como totalidad"[90]. En síntesis, existe una separación teórica entre el contenido del tratado, esto es, los derechos esenciales que reconoce, y el tratado mismo.

La CPR sólo puede ser modificada si se sigue el procedimiento que en ella se establece[91], aunque un autor replica señalando que la CPR contiene dos sistemas de reforma: el del capítulo final y el del art. 5°, inc. 2°[92]. Lo anterior, para parte de la doctrina, es "inaceptable"[93], ya que la única fuente de la Carta Fundamental es el poder constituyente[94]. Yo comparto esta última posición.

2.2. Discusión del período posterior a la reforma de 2005

La doctrina había observado la necesidad de modificar el régimen constitucional de los tratados internacionales. En efecto, varios trabajos anteriores al 2005 daban cuenta de esta necesidad[95].

Sin perjuicio de lo anterior, el debate suscitado con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005, de la Ley N° 20.050, había sufrido una especie de suspensión o, a lo menos, de una caída en su intensidad. Sin embargo, producto de las reformas introducidas a la CPR el debate volvió a interesar a actores políticos, académicos y al propio TC.

A continuación, enumeraré las modificaciones introducidas por la reforma de 2005, indicando en cada caso cómo ellas afectan la discusión. Sólo incluiré aquellas modificaciones relevantes para el debate actual[96].

---

[89] AGUILAR (2007) p. 275

[90] TRONCOSO y VIAL (1993) p. 696.

[91] SAENGER (1993) pp. 655-656; RÍOS (1997) p. 111; RODRÍGUEZ (2000) pp. 48-49; CRUZ-COKE (2002) p. 142; MONSÁLVEZ (2002) pp. 151-152; PFEFFER (2003) pp. 480-481

[92] NOGUEIRA (1996) p. 353; Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) p. 126. En un sentido parecido se ha dicho que los tratados internacionales pueden modificar e incluso derogar normas de la CPR, por lo que resulta conveniente disponer de un quórum mayor para la aprobación de dichos tratados. TRONCOSO y VIAL (1993) p. 698.

[93] SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 128. En este mismo sentido, RÍOS (1997) pp. 110-111; ANDRADE (2003) p. 401.

[94] RODRÍGUEZ (2000) p. 50

[95] PRECHT (1996) pp. 396 y 404; FERNÁNDEZ (1998) (1999) (2003); GAMBOA (2000) (2002); MONSÁLVEZ (2002); PFEFFER (2003). Un buen ejemplo de propuestas para superar los problemas denunciados por la doctrina, dice relación con un documento emitido por el TALLER DE ACADÉMICOS (1997), que cito en la bibliografía.

[96] No incluyo, por lo tanto, la descripción de otras modificaciones que complementan el régimen constitucional de los tratados internacionales. Ellas son: 1.- La obligación del Presidente de la República de informar al Congreso sobre el contenido y alcance del tratado, y de las reservas que pretenda confirmar o formularle. Esto mejora la comunicación entre ambos poderes de Estado, y reafirma que es el Presidente de la República quien lidera los procesos relativos a las relaciones internacionales. 2.- El

i) La precisión de que la aprobación parlamentaria de los tratados internacionales requiere del cumplimiento de lo quórums aplicables a las leyes, de conformidad al art. 66. Esto pone punto final a una vieja controversia ya indicada en el apartado precedente[97], que en todo caso ya había sido precisada por la jurisprudencia del TC[98]. Además, ello deja en evidencia que los tratados regulan (o pueden regular) materias propias de ley, lo que fortalece el argumento constitucionalista que los asimila con los preceptos legales.

ii) Se agrega la expresión "en lo pertinente" a la disposición que establece que los tratados se aprueban conforme a los trámites de una ley[99]. Esto fortalece la idea internacionalista de que ellos son diferentes a las leyes, ya que en lo que no sea "pertinente", el trámite se someterá a su régimen propio, que es diferente al legislativo. Así, el único trámite de la ley que les resultaría aplicable es el de la aprobación parlamentaria, y no todos los tratados requieren de dicha aprobación. Lo anterior ha llevado a los internacionalistas a afirmar que los tratados internacionales no serían preceptos legales[100].

Para parte de la doctrina, este argumento es "insuficiente"[101]. Se trata de una razón de tipo procedimental que no atiende a un verdadero concepto material de la ley y del tratado. Por lo demás, y como ya se señaló anteriormente, este argumento internacionalista debe rechazarse, porque existen otras normas de rango legal que se sujetan a procedimientos de aprobación diferentes a los de la ley, y no por eso dejan de ser "preceptos legales" para efectos de la interposición del recurso de inaplicabilidad. Ese es el caso de los decretos con fuerza de ley, de los decretos leyes, y de las leyes dictadas por la Junta de Gobierno durante el período de vigencia del primitivo articulado transitorio de la CPR, todas las cuales versan sobre materias propias de ley en los términos del art. 63 de la CPR. Si se piensa que lo que distingue a una fuente formal del Derecho es la forma en que ellas se generan (y no su contenido), entonces todas estas normas de rango legal quedarían fuera del control constitucional. El costo para el interés constitucionalista es demasiado grande.

Congreso tiene la facultad limitada de sugerir reservas y declaraciones interpretativas. Esto fortalece aparentemente las facultades del Congreso, las que en ningún caso son concluyentes. Por otra parte, se regula el régimen de las reservas. 3.- Se establece y regula la facultad del Presidente de la República para denunciar o retirarse de un tratado. Además, se regulan ciertas normas acerca de la publicidad de ciertos hechos relevantes para la vigencia del tratado. 4.- Se regula la posibilidad de que el Presidente de la República dicte decretos con fuerza de ley derivados de autorizaciones contenidas en tratados internacionales.

[97] NOGUEIRA (2005) p. 384.

[98] Véase, en especial, la sentencia del Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, en su capítulo II de la parte considerativa, considerandos N°s 4 al 19.

[99] El art. 54, N° 1, inc. 1°, parte final, dispone que "La aprobación de un tratado (...) se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley".

[100] Esta interpretación es compartida por varios autores. Véase CAMPUSANO (2006) p. 26; PEÑA (2006) p. 5; HENRÍQUEZ (2009) p. 47; CRUZ (2009) p. 99; LLANOS (2005) p. 375; NOGUEIRA (2005) pp. 384-385.

[101] RIBERA (2007) p. 106.

iii) La reforma introdujo la afirmación de que no requerirán el trámite de aprobación parlamentaria aquellos tratados que el Presidente de la República dicte en ejercicio de su potestad reglamentaria. Ello refuerza la idea de que los mismos pueden versar sobre materias propias de reglamento, ya sea de ejecución de un tratado (que será materia de ley) o autónomo[102].

Aquí nacen algunas preguntas que seguramente generarán polémica: ¿Ello significa que este tipo de tratados se someten al régimen de los reglamentos? ¿La discusión relativa a la reserva legal y las materias de ley (relación ley-reglamento) presenta un problema en materia de tratados? ¿Cuáles son los tratados que son materia reglamentaria? ¿Pueden estos tratados ser objeto de una acción de nulidad de Derecho Público o de un recurso de protección, como ocurre con los reglamentos? ¿Es necesario que los mismos vayan al trámite de la toma de razón ante la Contraloría General de la República?

Ciertamente, esta modificación fortalece la defensa constitucionalista, que asimila los tratados a las leyes, ya que se somete a los mismos tratados al sistema de competencias propias del dominio legal. En este sistema se dividen materias propias de la potestad reglamentaria y otras propias de la potestad legislativa. Los tratados, en sintonía con la reforma, también forman parte de esta división propia del dominio legal y, por consiguiente, se reconoce que los mismos pueden ser considerados como leyes desde una perspectiva material. Con ello, es preferible dejar de lado la visión procedimental excesivamente formalista de las fuentes del Derecho.

iv) La reforma del año 2005 dispone el "principio de intangibilidad", por el cual las "disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional". Esta disposición es la que más polémica desata. Por un lado, para un internacionalista, podría pensarse que no habrá control constitucional represivo sobre los tratados internacionales, ya que ello podría significar que se "derogue" una norma de un tratado (en el caso de la declaración de inconstitucionalidad) o que se "suspenda" un precepto de un tratado (en el caso de la declaración de inaplicabilidad)[103].

La doctrina reciente del TC, sin embargo, indica que la inaplicabilidad no es una "suspensión", pero que la inconstitucionalidad sí es una "derogación"[104]. En consecuencia, es procedente la inaplicabilidad, pero no la sentencia derogatoria (art. 93 N° 7 de la CPR). No obstante, debe advertirse que este fallo contó con una mayoría relativa susceptible de ser modificada en el futuro.

[102] RIBERA (2007) p. 102.
[103] PEÑA (2006) pp. 5-6.
[104] Tribunal Constitucional (2009) Rol 1288-2008. Véanse, en especial, los considerandos 35 al 72.

La tesis del TC, que considero intermedia, no dejó contentos ni a los internacionalistas ni a los constitucionalistas. Por una parte, los internacionalistas[105] podrían quejarse diciendo que la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado puede significar la infracción a una obligación internacional que altera las relaciones supranacionales y puede generar una responsabilidad reprochable al Estado, razón por la cual el TC debió aceptar la norma que venía en el proyecto de la ley orgánica del TC, que impedía la procedencia del control concreto (arts. 47 B y 47 G del proyecto, que finalmente fue declarado inconstitucional por la sentencia).

Por otra parte, los constitucionalistas podrían alegar, entre otras razones, que el control represivo abstracto del art. 93 N° 7 de la CPR también debe proceder, ya que de lo contrario se estaría aceptando la vigencia indefinida de una norma contraria a la CPR.

En apoyo de la tesis constitucionalista, el mandato contenido en el principio de intangibilidad está dirigido al legislador, pero no al TC. Es el legislador quien debe abstenerse de modificar, suspender o derogar una disposición internacional, pero no el TC. Dejar al TC bajo esta norma significa renunciar a una parte de la supremacía de la CPR. Una interpretación sistemática con el art. 6° de la CPR debe conducirnos a entregarle al principio de intangibilidad una posición restringida, en cuanto es una excepción a una base de la institucionalidad.

A mayor abundamiento, el principio de intangibilidad se encuentra establecido a propósito de las "atribuciones exclusivas del Congreso", como una manera de limitar las mismas, y nada se dice respecto de las atribuciones del TC[106]. Hacer extensiva esta norma al TC significaría reducir sus competencias. En este mismo sentido, podría también argumentarse que la "derogación" sólo se produce por la vía legislativa, y jamás por la vía jurisdiccional del TC. En efecto, la inconstitucionalidad es una especie de nulidad de Derecho Público con efectos atenuados[107], o una "abrogación". Por lo demás, tengo dudas acerca de si la

[105] Los internacionalistas pueden verse representados en el voto disidente de los ministros Juan Colombo, José Luis Cea y Marisol Peña, donde se fundamentaron latamente (entre las páginas 82 y 95 del texto que contiene la sentencia) las razones por las cuales no es procedente el recurso de inaplicabilidad. De manera muy resumida, puedo señalar que este voto disidente se sostuvo en los siguientes fundamentos: 1. Los tratados no son "preceptos legales", lo que fundamentan en argumentos de autoridad referidos a la jurisprudencia de los tribunales (letras h, i, j) y en argumentos de tipo literalista (letras k y l), algunos de ellos referidos al sentido de la reforma del año 2005, para lo cual se combina el literalismo con algunas intervenciones parlamentarias en la reforma (letras ñ, o, p). 2. La CPR reformada pretende evitar la generación de responsabilidad internacional, para lo cual los disidentes interpretan la CPR de manera conciliatoria con la Convención de Viena (letras q, r, s, t), lo que también apoya en argumentos de autoridad (letras u, v, w, x)

[106] En un sentido similar, se ha dicho que esta disposición "limita, en la práctica, la soberanía legislativa de los poderes colegisladores". RIBERA (2007) p. 104. Véase también las pp. 111-112.

[107] Al respecto, véase mi opinión en VERDUGO (2008).

inaplicabilidad importa o no una manera de "suspensión", como ocurre (por ejemplo) en los estados de excepción constitucional.

Además, no hay que olvidar que el hecho de que el constituyente exija como requisito previo a la sentencia derogatoria la existencia de una sentencia de inaplicabilidad anterior, implica una comunicación entre ambos tipos de control. Si la sentencia de inaplicabilidad habilita la procedencia de la sentencia derogatoria de reunirse los demás requisitos (entre ellos, el quórum superior), entonces hay una identificación de ambos controles que sugiere una asimilación argumentativa.

Como puede verse, son muchos los puntos del debate actual. En mi opinión, los tratados no pueden eludir la supremacía constitucional, principio básico de nuestra CPR que no debe ser burlado. Por consiguiente, una interpretación sistemática debe conducir al fortalecimiento de este principio. Puede argumentarse que los tratados internacionales no son equivalentes a las leyes, pero también puede decirse a los interesados en el debate semántico, que ellos contienen "preceptos legales" susceptibles de ser controlados. Lo que interesa es su contenido, y si el mismo consiste en una materia propia del dominio legal (como ocurre con los derechos fundamentales, por la reserva de ley correspondiente) entonces no pueden ser sustraídos de la justicia constitucional. También es posible encontrar otros argumentos adicionales: no pueden restringirse las atribuciones expresas del TC; una norma sin control constitucional equivale a una disposición paralela a la CPR, pero con menos quórum de aprobación; hay una sola vía para modificar la CPR, entre otros.

Lo anterior no significa un menosprecio a la importancia de la responsabilidad internacional en que incurre el Estado de Chile por las infracciones de sus autoridades. Ella debe generarse necesariamente si las autoridades competentes celebran un tratado inconstitucional. No es el ejercicio de las atribuciones del TC lo que generará dicha responsabilidad, sino que el acto de las autoridades que lo celebraron desconociendo e infringiendo su deber de respetar el Estado de Derecho[108]. Los internacionalistas podrán alegar que en Derecho Internacional el Estado es uno, y que no se dividen sus poderes para efectos de la responsabilidad internacional. Ello es cierto, pero esa única perspectiva es poco eficaz, ya que implica difuminar la responsabilidad en un ente abstracto sin atender a la causa del problema. Por lo anterior, se hace necesario tener un sistema interno que, sin reemplazar el hecho de que el Estado es uno para efectos internacionales, considere una distribución de responsabilidades asociadas a las causas.

[108] Este deber está expresamente reconocido en la CPR, no sólo en las Bases de la Institucionalidad, sino que también respecto del Presidente de la República, quien, una vez electo, "(...) prestará, ante el Presidente del Senado, juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo de Presidente de la República, conservar la independencia de la Nación, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes (...)." (art. 27, inc. 4° de la CPR).

En este mismo sentido, destaco las palabras de Teodoro Ribera, quien rechaza la idea de que no exista control constitucional: "(...) más vale asumir las consecuencias de un acto inconstitucional, que permanecer en una contravención permanente al Texto Fundamental. (...) es pagar un precio muy alto para cubrir descuidos internacionales"[109]. Por supuesto, la falta de predictibilidad de las decisiones de los jueces internacionales en la interpretación de los tratados que contienen principios, derechos fundamentales, normas de textura abierta y conceptos jurídicos indeterminados, sugiere que seamos cuidadosos respecto de qué tratados suscribimos.

3. ¿Control preventivo y obligatorio para todos los tratados? Una idea inconveniente

Un grupo de internacionalistas, preocupados por los efectos negativos que se pueden producir derivados de una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad por parte del TC respecto de un tratado internacional, han propuesto una salida novedosa: reemplazar el control represivo eventual, de manera que nunca se produzca por un control preventivo obligatorio. Entre estos autores, con mayor o menor profundidad, encontramos la propuesta formulada por un grupo de académicos actuando en conjunto[110], y la de algunos profesores adicionales. Ellos son: Humberto Nogueira[111], Miriam Henríquez[112], Miguel Ángel Fernández[113], Aldo Monsálvez[114], Fernando Gamboa[115], Arturo Fermandois[116] y Emilio Pfeffer[117]. Todos ellos, con matices importantes, se muestran favorables al establecimiento de un control obligatorio y preventivo para todos los tratados internacionales.

Con dicha propuesta, los autores pretenden equilibrar los dos bienes que normalmente se encuentran en conflicto: el respeto por la supremacía constitucional y el respeto por el Derecho Internacional. Así, esta propuesta utiliza al mismo tiempo el argumento constitucional (que la CPR es superior a los tratados y, desde luego, ellos se someten a su jerarquía) y el argumento internacional (que el Estado debe respetar sus compromisos internacionales eludiendo la posibilidad de que se genere responsabilidad internacional).

[109] RIBERA (2007) p. 113.
[110] Véase TALLER DE ACADÉMICOS (1997) pp. 219 y 223.
[111] NOGUEIRA (1996) (2005) (2007).
[112] HENRÍQUEZ (2007) (2009).
[113] FERNÁNDEZ (2003).
[114] MONSÁLVEZ (2002).
[115] GAMBOA (2000) (2002).
[116] FERMANDOIS (2002). Hago presente que este autor sólo propone el control obligatorio para aquellos tratados internacionales que instituyen tribunales internacionales. Por eso, la participación de este profesor en dicha doctrina es sólo parcial.
[117] PFEFFER (2003).

En otro trabajo anterior[118], me hago cargo de la propuesta de estos autores, desarrollando las razones que demuestran su inconveniencia. Estas se pueden resumir de la siguiente manera:

En primer lugar, se requiere del cumplimiento de determinadas condiciones para que la propuesta pueda funcionar: debe aceptarse que la CPR es suprema, ya que de lo contrario no tendría sentido someter los tratados al control. Todos los tratados, incluyendo los que reconocen derechos esenciales, deberían someterse a ella para que la propuesta sea coherente. Asimismo, debe derogarse la posibilidad de que el control represivo opere para los tratados, lo que puede realizarse con un cambio jurisprudencial del TC[119] o mediante una reforma constitucional. Lo anterior requiere que seamos capaces de identificar y conectar el control preventivo (que es abstracto) con el control represivo (generalmente concreto), porque de lo contrario la propuesta no podría satisfacer el argumento constitucional al dejar muchas situaciones de aplicación concreta fuera de la órbita del control. Ello es especialmente difícil, sobre todo considerando la jurisprudencia del TC que separa los vicios constitucionales abstractos de los vicios concretos, haciendo que el objeto del control represivo sea diferente al objeto del control preventivo.

En segundo lugar, el control preventivo y obligatorio es ineficaz para salvaguardar la supremacía constitucional en su plenitud, razón por la cual no se satisface el argumento constitucional. En este control no hay partes, ni intereses ni argumentos a la vista, por lo que el TC cuenta con poca información. El carácter preventivo del control impide adelantar todos los efectos de la norma y las interpretaciones que tendrán los jueces en el futuro respecto de la misma[120]. Por otra parte, el control preventivo tiene varias anomalías que la doctrina ha detectado, todas las cuales refuerzan la idea de que no conviene extenderlo[121]. ¿Queremos extender esos problemas al control de los tratados?

En tercer lugar, el control preventivo es especialmente ineficaz tratándose de tratados internacionales. Los tratados contienen muchas normas cuyo contenido fue redactado producto de una negociación, donde no hay un significado concluyente. Eso hace más difícil la tarea de adelantar los efectos futuros del tratado en la jurisprudencia, especialmente tratándose de jueces internacionales. Asimismo, muchos tratados contienen normas de principios y de derechos cuyo

[118] VERDUGO (2010a).
[119] Con ello, debiera modificar el criterio que sostuvo en la sentencia del Tribunal Constitucional (2009) Rol 1288-2008.
[120] Sobre un completo desarrollo de estas ideas, véase VERDUGO (2010b). Además, véase el trabajo de SHAPIRO (1993) y el de BORDALÍ (2005).
[121] Sobre dichas anomalías, véanse en especial los trabajos de ALDUNATE (2005); PFEFFER (1998) y BUCHHEISTER y SOTO (2005). Sobre uno de los problemas del control preventivo, denominado "sello de constitucionalidad", véase mi trabajo en VERDUGO (2009).

contenido no es fácil de precisar. Por otra parte, de aceptarse que los tratados vigentes que fueron declarados constitucionales quedaran fuera del control constitucional, entonces las reformas constitucionales sucesivas no podrían imponerse sobre ellos.

En suma, la propuesta de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales no logra equilibrar los argumentos que dice defender, sin solucionar la posible tensión entre la supremacía constitucional y respeto al Derecho Internacional).

4. Conclusiones acerca del debate nacional en materia de control de tratados

Como puede advertirse, el debate nacional se ha centrado en la interpretación de ciertas expresiones lingüísticas que son estimadas como elementales. Hoy, las más importantes dicen relación con el concepto de "precepto legal", de "suspensión", de "derogación" y de "derechos esenciales". Sin embargo, otras expresiones también han sido objeto de análisis, tales como el sentido de la "soberanía" en nuestra CPR. En muchas oportunidades, estos conceptos se han asociado con la historia de la creación de los textos constitucionales, vinculando al la interpretación originalista con la literalista[122].

El formalismo semántico se ha combinado con argumentos de tipo procedimental, mediante los cuales se ha intentado decir que un tratado es o no "precepto legal" en la medida en que se tramita como "ley" o no. Este tipo de razonamientos es posible de encontrar tanto en las posiciones de los internacionalistas como en las defensas de los constitucionalistas. El problema de ello es que desconoce el contenido material de los tratados. En otras palabras, si lo que quiere resolverse es la asimilación entre la ley y el tratado, entonces es mejor buscar respuestas en las materias que regulan, y no en las diferencias formales de ambas fuentes.

Sin embargo, lo anterior no es necesario. En efecto, si bien la discusión del contenido material enriquece el argumento, no puede desconocerse que esto se dirige a solucionar el problema del sentido lingüístico de los "preceptos legales". Ello hace muy difícil que se llegue a un consenso en la doctrina, generando una discusión "bizantina" basada en los términos semánticos, y no en los valores relevantes.

[122] Véanse las críticas a estas dos escuelas de interpretación constitucional en ZAPATA (2008) pp. 179-213, autor que se inclina por la interpretación sistemática y finalista, en una posición que comparto. Además, este autor sugiere la posibilidad de utilizar la tradición del constitucionalismo como elemento de interpretación, lo que me parece muy interesante.

En efecto, los argumentos formalistas frecuentemente se presentan como carentes de valores y principios[123]. En efecto, la semántica de los textos se intenta interpretar de una manera leal con el correcto lenguaje, muchas veces sin considerar la existencia de otras normas constitucionales que se encuentran en juego. Lo anterior va en contra de una correcta interpretación sistemática y finalista, y acentúa un formalismo que aparece tanto en las posiciones de los internacionalistas como en las de los constitucionalistas. La interpretación sistemática y finalista entrega un camino mucho más rico en el sentido valórico y mucho más completo en cuanto al tipo de razones que permite considerar.

Para ser justos, hay que reconocer que, y sin perjuicio del exceso de formalismo, las posiciones del debate parten considerando dos argumentos que son elementales, que escapan a la lógica formalista, al integrar la tensión entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la CPR. Sin embargo, de toda la literatura citada, nadie se ha hecho cargo de realizar un balance de costos constitucionales entre ambos elementos[124], razón por la cual la mera declaración de que se defiende un valor u otro no conduce necesariamente a un debate como el que propondré.

Sección II. Reorientando el debate nacional

Ya constatadas las críticas al debate nacional, en esta sección se propondrá una reorientación de la discusión, que permita incorporar elementos relevantes a la misma.

Para ello, tomaré algunos aspectos del debate norteamericano de las cuestiones políticas no justiciables, los que podrán servir de inspiración para enriquecer nuestro debate nacional. En seguida, avanzaré en un tipo de argumentación democrática que puede aportar en un sentido similar.

1. Acerca de las cuestiones políticas no justiciables

En EE.UU. se ha invocado una doctrina denominada "cuestión política no justiciable" (*non justiciable political questions*) para dejar algunos asuntos fuera del control de las Cortes. Si bien se trata de una doctrina que se encuentra en retirada por las imprecisiones a que conduce, su influencia y aplicación ha generado interesantes debates[125]. A través de dicha doctrina, por ejemplo, las

[123] A estos razonamientos que se presentan con un aparente vacío de valores y principios los denominaré argumentos neutrales.
[124] Tal vez Teodoro Ribera es el único que se ha acercado a realizar este balance. Véase RIBERA (2007).
[125] Sobre un completo análisis de esto, véase BARKOW (2002). Hacemos presente que esta doctrina ha tenido aplicación mucho más allá de las fronteras del Derecho norteamericano. En efecto, puede

Cortes no pueden crear leyes[126], revisar judicialmente la declaración de guerra[127] o reconocer Gobiernos extranjeros,[128] determinar si un territorio se somete a la soberanía del Estado[129], entre otros[130]. Así, los jueces sólo deben limitarse a resolver casos y controversias producidos bajo la Constitución, las leyes y los tratados y deben abstenerse de intervenir en cuestiones políticas pertenecientes a los otros poderes del Estado[131]. De esta manera, la doctrina de las cuestiones políticas impide el ejercicio del control constitucional (*judicial review*), obligando a las Cortes a guardar deferencia con los otros poderes del Estado.

Sin embargo, no ha sido fácil establecer cuáles son los estándares por los cuales las cuestiones políticas dejan de ser justiciables y, por consiguiente, tampoco ha resultado fácil determinar qué decisiones quedarán fuera del control constitucional[132].

En lo que interesa para efectos de este trabajo, la doctrina de las cuestiones políticas ha sido extendida por cierta jurisprudencia al control constitucional de los tratados internacionales, señalando que ellos no serían justiciables por tratarse de categorías políticas pertenecientes a otro Poder del Estado[133-134].

---

verse cómo la misma ha influido posiciones relevante en países como Argentina y Perú, por ejemplo. Para ver la discusión en Argentina, puede consultarse a SOLA (2003) pp. 271-302. Para ver la discusión en Perú, puede consultarse a LANDA (2007) pp. 791-814. Aunque con fundamentos diferentes, esta doctrina también ha sido invocada en Gran Bretaña. Véase, por ejemplo, a BARENDT (1998) pp. 143-148, quien expone que los actos del Estado (*act of state*) dirigidos por el Ejecutivo en el campo de las relaciones internacionales quedan fuera del control constitucional, así como también los actos de la Corona para celebrar tratados con otros países o con organizaciones internacionales.

[126] HENKIN (1976) p. 598.

[127] Se produjo este problema durante la guerra de Vietnam, donde las Cortes tuvieron que determinar si la declaración de guerra, que había tenido lugar sin aprobación parlamentaria, era o no contraria a la Constitución. Las Cortes, en más de 70 oportunidades, estimaron que la guerra era una cuestión política no justiciable, eludiendo entrar al fondo del asunto. HENKIN (1976) pp. 623-624.

[128] Véase un listado de los casos relevantes en esta materia en DAMROSCH *et al.* (2001) pp. 178-180.

[129] Véase el caso *Jones v. United States*, 137 U.S. 202 (1890)

[130] Véase una lista de cuestiones que han sido consideradas como políticas no justiciables en NAGEL (1989) pp. 644-655.

[131] HENKIN (1976) p. 598. Un autor, en una opinión razonable, sostiene que esta teoría no debiera conducir a la exclusión completa del control constitucional, como lo ha hecho en la práctica, sino que debiera llevarnos a construir estándares de deferencia diferenciados que no excluyan, *a priori*, la procedencia del control constitucional. REDISH (1985) p. 1051.

[132] En este sentido, BARENDT (1998) p. 144.

[133] Como ya lo indiqué, la doctrina de las cuestiones no justiciables no ha sido utilizada exclusivamente en materias internacionales. En efecto, como recuerda Currie, muchos asuntos constitucionales son de gran importancia política, pero han sido resueltos y conocidos por la Corte. Para este autor, las cuestiones no justiciables parecen tener relación con que los jueces no pueden invadir las áreas donde pueden actuar con cierta discrecionalidad. CURRIE (2000) p. 22. Para Sola, en cambio, las cuestiones políticas implican que "[...] los tribunales están llamados a decidir si la Constitución ha otorgado la competencia a otro órgano del gobierno, diferente del Poder Judicial, para que tome una decisión autónoma de la cuestión planteada". SOLA (2006) p. 271. Para Redish, la tesis de las cuestiones políticas implica que las Cortes no aprueban ni rechazan ciertas decisiones de órganos políticos, permitiendo que el proceso político siga su curso. REDISH (1985) p. 1031.

[134] Para Henkin, sin embargo, muchos casos que se citan como parte de la doctrina de las cuestiones políticas, no son tales. Este autor tiene una interpretación diferente, por la cual ha habido razones dentro

Así, no existe garantía jurisdiccional de que los tratados vayan a respetar o no la Constitución, lo que trae un riesgo evidente en cuanto a su infracción. Cabe señalar, en todo caso, que el control constitucional de cualquier norma inferior a la Carta Fundamental de un Estado no es tampoco una garantía plena de respeto a la supremacía constitucional, en especial tratándose de controles originados en una controversia judicial[135]. Una dura respuesta ha encontrado la tesis de la cuestión política en parte importante de la doctrina, que promueve el control constitucional sin excepciones[136].

El argumento norteamericano para excluir a los tratados del control es diferente al utilizado en Chile. En efecto, una lógica más formalista en nuestro país ha circunscrito el debate, como ya lo vimos, a definir si los tratados internacionales son o no "preceptos legales", o bien, normas de naturaleza y jerarquía diferentes a la legal. El debate nacional no ha entrado a examinar el hecho de que el tratado pueda ser una cuestión política que deben decidir otros poderes del Estado que no incluyan a los jueces. Otra diferencia importante dice relación con la tradición de precedente anglosajón que focaliza el debate en el análisis de los criterios establecidos por las Cortes, y no en el texto de la Constitución, como ocurre entre nosotros. En efecto, en Chile la doctrina prefiere trabajar directamente con el texto constitucional, con la Convención de Ginebra, con la ley orgánica del TC y con algunas sentencias constitucionales aisladas. Lo anterior, sumado a otras diferencias importantes, sugieren que un ejercicio de derecho comparado entre el debate chileno (del control de los tratados como "preceptos legales") y el debate norteamericano (sobre los tratados como cuestiones políticas no justiciables), no sea posible si lo que se busca son soluciones similares.

Sin embargo, lo anterior no significa que el debate norteamericano sea inútil para nosotros. De hecho, entre los autores partícipes de dicho debate, se han levantado voces en contra de que los tratados queden fuera del control constitucional, utilizando diversos tipos de argumentos. Algunas veces dichos argumentos tienen que ver con aspectos propios del sistema norteamericano, pero también otras veces ellos podrían tener cabida en nuestro sistema, lo que

de la Constitución para aceptar ciertos actos del Legislativo o del Ejecutivo, lo que implica excluir la existencia misma de la doctrina de las cuestiones políticas. Véase la interesante tesis de este autor en HENKIN (1976). Véase también una respuesta a Henkin en REDISH (1985) pp. 1033-1039.

[135] Se ha dicho en EE.UU. que el control de las Cortes sobre los estatutos legales en general no es suficiente para asegurar que la CPR sea obedecida. En efecto, el hecho de que las Cortes sólo puedan operar sobre la base de controversias hace que muchos estatutos queden fuera del control, siendo, en la práctica, inmunes a la defensa judicial de la supremacía constitucional. CURRIE (2000) pp. 19-20. A diferencia de los otros poderes del Estado, los jueces no pueden establecer programas ni agendas políticas para elegir las materias en que intervendrá, ya que todo conocimiento jurisdiccional exige que exista un litigio que se les presente. Así, y recordando las palabras de Hamilton, Barendt asegura que el Judicial es el menos peligroso de los poderes del Estado. BARENDT (1998) p. 148.

[136] Esta corriente ha sido identificada con el activismo judicial. LANDA (2007) p. 791.

dependerá de la manera en que ellos sean formulados. Se trata de razones novedosas que fundamentan la conveniencia de que los tratados queden sometidos a la revisión de los jueces (en nuestro caso, al TC), debido a lo cual su estudio se torna relevante. Algunas de esas razones de conveniencia podrían tener cabida en nuestra CPR, según examinaré.

En seguida, describiré sintéticamente algunos aspectos relevantes del sistema de control constitucional de los tratados en EE.UU., lo que es importante para entender de qué manera opera la doctrina de las cuestiones políticas respecto de los mismos. Luego, resumiré las principales críticas que se han esbozado desde la doctrina norteamericana a la tesis de los tratados como cuestiones políticas, examinando si las mismas pueden o no servir en nuestro debate nacional como argumentos válidos para someter a dichos tratados al control constitucional.

2. Síntesis del sistema de control constitucional de los tratados en EE.UU.

Se ha discutido si los tratados deben obedecer la Constitución o si ellos también son supremos, debido a que el artículo VI, sección 2 de la Carta Fundamental de los EE.UU. no es claro. Así, por ejemplo, alguna jurisprudencia ha dicho que los tratados no tienen un valor superior que la ley[137]. También, al analizar una ley que entró en vigor con posterioridad a la celebración de un tratado, y que lo contradijo, Henkin explica de qué manera llega a primar la ley citando antigua jurisprudencia[138]. Como lo dice la Constitución, ambos, el tratado y el estatuto legal, son aprobados como la "suprema ley de la tierra" (*supreme law of the land*) y, por lo tanto, debería primar la norma posterior. No es inconstitucional una ley que contradice un tratado y, por consiguiente, la Corte no tiene facultades para declarar que dicha ley viola el tratado. De esta manera, en los hechos, prima la voluntad del Congreso por sobre el instrumento internacional[139].

Lo anterior debiera conducirnos a pensar que existe entre el Derecho Internacional y la ley interna una relación resuelta. Sin embargo, ello está lejos de ser así. En efecto, debe considerarse que la Corte Suprema nunca ha declarado la inconstitucionalidad de un tratado, y sólo unos pocos han sido sometidos a la revisión judicial[140].

Por otra parte, hay que considerar que la Constitución no impone prohibiciones ni límites al poder del Presidente de la República para celebrar tratados inter-

[137] *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888).
[138] HENKIN (1987) pp. 524-526.
[139] Con estas palabras, Henkin refuta la tesis de Westen. Este profesor sostiene que los tratados internacionales son superiores a la ley interna, pero que la doctrina de la cuestión no justiciable habría impedido a la Corte declarar que dicha ley infringe el tratado.
[140] DAMROSCH *et al.* (2001) p. 197.

nacionales[141], al menos no de manera explícita. Por lo anterior cobra especial importancia el poder que puede tener el Senado para aprobar dichos tratados.

Cuando se celebra un tratado internacional, el Senado debe entregar su consentimiento al Presidente antes de que este último ratifique el mismo. Sin embargo, el permiso del Senado no es vinculante para el Presidente, ya que este no está obligado a ratificar. El Senado no puede modificar el tratado, pero sí puede condicionar su apoyo a que se realicen ciertas reservas o enmiendas[142]. El Senado también puede interpretar el tratado, interpretación que debe ser respetada por el Presidente, ya que es la que se tuvo a la vista cuando se otorgó el consentimiento parlamentario[143].

Sin perjuicio de lo anterior, el Presidente después puede denunciar un tratado sin el consentimiento del Senado. Cuando se reclamó por esta causa, la Corte Suprema estimó, en el caso *Goldwater v. Carter*[144], que se trataba de una cuestión política no justiciable, dejando al Presidente, en la práctica, con el poder para denunciar los tratados sin control del Senado. Una minoría evitó utilizar la doctrina de las cuestiones políticas entrando a determinar quién tiene esa competencia: el Presidente. Para ambos votos el Presidente salía victorioso. Sin embargo, con el segundo la Corte resolvía el problema de la competencia ejerciendo control constitucional, mientras que en el primero la Corte eludía el pronunciamiento por la naturaleza política del asunto[145].

Sin embargo, los antecedentes de la doctrina de la cuestión política son anteriores[146] y más generales, no necesariamente relacionados con las relaciones internacionales. Un fallo importante, perteneciente a la denominada "Corte Warren", fue *Baker v. Carr*[147], donde se intentó delimitar el problema de las cuestiones políticas señalando que se trata de materias entregadas a otro poder del Estado, donde no existen estándares judiciales apropiados para el control, donde su enjuiciamiento implicaría faltarle el respeto a los otros poderes del Estado, entre otras (de las cuales me haré cargo en el apartado siguiente). Las reglas jurisprudenciales sentadas en este caso, no obstante, no duraron mucho, ya que la denominada "Corte Burger" hizo que la doctrina de las cuestiones políticas decayera[148].

---

[141] DAMROSCH *et al.* (2001) p. 197.
[142] DAMROSCH *et al.* (2001) p. 195.
[143] DAMROSCH *et al.* (2001) pp. 195-196. Hay que tener presente que en la práctica esta regla ha sido violada, como los propios autores recuerdan.
[144] 444 U.S. 996 (1979).
[145] Por eso autores como Sola prefieren el voto de minoría. SOLA (2006) p. 284.
[146] En la doctrina se suelen citar fallos del siglo XIX. Véase, por ejemplo, a REDISH (1985) pp. 1035-1036.
[147] 369 U.S. 186 (1962).
[148] Sobre este asunto, véase en especial a NAGEL (1989).

Por otra parte, hay que hacer presente que los tratados internacionales sólo son *law of the land* en la medida en que sean autoejecutables[149]. Los tratados que no pueden ser operativos por sí mismos no son considerados Derecho y requieren de un posterior acto del Congreso.

3. Críticas a la doctrina de las cuestiones políticas y defensa del control constitucional sobre los tratados. Acerca de su eventual aplicación a Chile

En este apartado, realizo una sistematización resumida de los contraargumentos que encontré en la doctrina norteamericana revisada para refutar la idea de que los tratados internacionales deben quedar fuera del control constitucional[150]. Hago presente que algunos de estos contraargumentos se dirigen contra la doctrina de las cuestiones políticas en general, y no necesariamente contra su aplicación específica a los tratados internacionales. Sin embargo, y como podrá advertirse, su especificación a la discusión relativa a los tratados no resulta difícil[151].

i) En primer lugar, desde la sentencia de 1803, recaída en *Marbury v. Madison*[152], las cuestiones constitucionales son consideradas justiciables. Podría decirse que este es el fallo que consolida la supremacía constitucional como una cuestión práctica. Por esta razón, en general las cuestiones constitucionales no podrían ser consideradas como políticas no justiciables. Este argumento le permite a Henkin concluir que, en realidad, no existe una doctrina de cuestiones no justiciables bajo la Constitución[153] [154].

Este argumento se acerca a quienes invocan nuestro art. 6° de la CPR para incluir a los tratados internacionales bajo la supremacía constitucional. Sin control constitucional sobre los tratados, la supremacía se vuelve, a lo menos parcialmente, letra muerta.

[149] HENKIN (1987) p. 532.

[150] En este trabajo no desarrollo mayormente los argumentos favorables a la doctrina de las cuestiones políticas, pese a que ya sinteticé los principales en el apartado anterior. Debe señalarse que, actualmente, la doctrina de las cuestiones políticas está casi desaparecida (sin perjuicio de su utilidad para nosotros, que ya expliqué), no obstante lo cual existen opiniones que piden que las Cortes sean más moderadas y se autorrestrinjan más. Sobre todos estos temas, véase en especial a BARKOW (2002) pp. 319-335, quien solicita revivir algunos aspectos que estima favorables de la doctrina de la cuestión política.

[151] Hago presente que uno de los principales argumentos contrarios a la doctrina de las cuestiones políticas pasa por una interpretación del art. IV de la Constitución de los EE.UU. Este argumento, al estar basado en el texto literal de la Carta Fundamental norteamericana, carece de utilidad para nosotros, razón por la cual lo dejo fuera del análisis. Sobre este argumento, véase entre otros a REDISH (1985) pp. 1040-1043 y a TIGAR (1970) pp. 1160-1162.

[152] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

[153] HENKIN (1976) p. 600.

[154] Otro autor indica de manera crítica que la doctrina de la cuestión política es incomprensible porque la Corte ha establecido que todas las materias constitucionales tienen aspectos políticos y que la función de la judicatura federal en los casos constitucionales es la educación política. NAGEL (1989) p. 668.

Por lo demás, muchos actos políticos quedan sometidos a la jurisdicción del TC o de otros tribunales. Piénsese por ejemplo en el control a que está sujeta la misma ley. En Chile, sometemos las leyes al control preventivo y represivo del TC. Todos los jueces pueden interpretar las leyes conforme a la CPR, alterando incluso su sentido original si ello fuera necesario para conciliar la misma con los valores y principios constitucionales. Creamos un mecanismo preventivo de control de juridicidad de los actos administrativos a través de la toma de razón, susceptible de ser superado con el decreto de insistencia. Existe una acusación constitucional por actos de autoridades políticas relevantes, donde el Senado actúa como tribunal y la Cámara como ente acusador. Existe la posibilidad de que el TC resuelva una controversia entre el Presidente de la República y el Contralor General cuando éste ha representado un decreto por inconstitucional. Las Cortes de Apelaciones conocen del desafuero parlamentario. El TC conoce de las inhabilidades parlamentarias y determina qué normas se aprueban con qué quórum al interpretar la naturaleza orgánica constitucional de algún proyecto de ley. El TC también conoce de las controversias que se generan dentro del proceso legislativo cuando, por ejemplo, algunos parlamentarios estiman que una indicación presentada por alguno de sus pares ha ido más allá de las ideas matrices del proyecto de ley que se discute. Algunas contiendas de competencia entre autoridades políticas y administrativas y autoridades judiciales son resueltas por el TC, y otras por el Senado. El TC puede llegar a promulgar una ley en su sentencia si es que el Jefe de Estado se negare a hacerlo. En fin, son muchos los casos en que nuestro sistema constitucional contempla situaciones políticas que se someten a la revisión de algún tribunal.

ii) En segundo lugar, la doctrina de las cuestiones políticas permite un escape fácil a aquellos jueces que no tienen la voluntad para enfrentar los desafíos de la usurpación de autoridad por parte del Ejecutivo en materias internacionales[155-156]. En las ilustrativas palabras de Redish, la "[...] Corte debe sobrevivir en un mundo político frecuentemente hostil, y la mejor manera de lograr el desafío y simultáneamente mantener su legitimidad es elegir sus batallas"[157].

Este argumento bien podría invocarse en Chile. En efecto, dejar al Ejecutivo sin control constitucional implicaría entregarle la posibilidad de actuar de manera arbitraria o caprichosa, permitiendo que el Presidente de la República comprometa al Estado con alguna agenda ideológica internacional que puede pugnar con nuestra Carta Fundamental.

[155] HENKIN (1987) pp. 529-530.

[156] En palabras de Nagel, quien comenta un fallo de la Corte donde se hizo un listado de categorías de cuestiones políticas, "Una mirada cercana a cada clase de cuestión política revela una moral, un propósito de ser servido por la *non-justiciability*". NAGEL (1989) p. 646.

[157] REDISH (1985) p. 1032. Esto cobra más peso todavía si los políticos ignoran la opinión de los jueces, ya que en ese caso el "miedo" de los jueces a interferir con cuestiones políticas será más difícil de precisar. REDISH (1985) p. 1053.

El solo control político que implica la aprobación legislativa de los tratados no es garantía para impedir lo anterior, debido a las siguientes razones: en primer lugar, no todos los tratados requieren de aprobación legislativa (caso de tratados que versan sobre materias reglamentarias y caso de los decretos con fuerza de ley autorizados en los propios tratados). En segundo lugar, no está garantizado que los parlamentarios cuenten con la información suficiente que les permita predecir razonablemente las consecuencias y los efectos futuros del tratado. En tercer lugar, es probable que el Jefe de Estado cuente con mayorías que le permitan controlar el Congreso. Así, las minorías no podrían ejercer un control político y sólo les quedaría la alternativa de recurrir al TC. Es importante, por lo tanto, que exista un control posterior.

iii) En tercer lugar, se ha dicho que declarar que un tratado no es justiciable por estar legitimado por un acto del Congreso, permite declarar que cualquier reclamo hecho bajo el tratado no es justiciable[158].

Esta refutación denuncia la existencia de una contradicción argumentativa que se vincula con el párrafo precedente. El Congreso no es garantía de un control político eficaz, y utilizar al Congreso como forma de legitimar un tratado (en EE.UU., recordemos, es el Senado, y no el Congreso) es un argumento que perfectamente podría aplicarse a todos los preceptos legales aprobados por el mismo. De esta manera, este argumento destruye el control constitucional como institución, respondiendo a una concepción ajena que no ha sido muy seguida entre nosotros y que nos lleva a un debate mayor, relacionado con la legitimidad del control constitucional[159]. En esta última discusión, deben rescatarse las ideas de Redish, quien sostiene que el carácter no democrático del control constitucional no representativo no es un problema, ya que justamente este persigue restringir la voluntad mayoritaria. Atacar el control constitucional de las cuestiones políticas por esta razón significaría, por lo tanto, atacar a todo el sistema de control constitucional[160]. De esta manera, la doctrina de las cuestiones políticas no puede basarse en ese argumento.

iv) En cuarto término, se ha sostenido que las Cortes pueden conocer causas vinculadas con tratados internacionales, y aplicar los mismos como si fueran leyes obligatorias. Por consiguiente, si los casos que se originan bajo los tratados son perfectamente justiciables ¿por qué no lo van a ser los propios tratados?[161]

[158] HENKIN (1987) p. 530.
[159] Entre nosotros, véase en especial el trabajo de Fernando Atria. Entre sus textos sobre el problema de la legitimidad de la justicia constitucional, destacan, entre otros, ATRIA (1993) y ATRIA (2000). Véase una sólida respuesta en ZAPATA (2008). Este problema ha sido ampliamente abordado por la literatura constitucional de otros países. En especial, véase el trabajo de WALDRON (2006). Sobre una aplicación de este debate al problema de las cuestiones políticas no justiciables, véase, entre otros, a TIGAR (1970) pp. 1141-1152.
[160] REDISH (1985) pp. 1045-1046.
[161] HENKIN (1987) p. 531.

Este es un argumento de lógica jurídica que perfectamente podría utilizarse entre nosotros. Los jueces están constitucionalmente convocados a aplicar las leyes (y los tratados). De hecho, no pueden negarse a hacerlo. Sin embargo, la CPR también es una norma que ellos están obligados a aplicar. Entonces, inevitablemente se puede producir lo que el juez Marshall observaba en *Marbury v. Madison* (sentencia ya citada): si hay que solucionar un caso y el juez se enfrenta a dos normas que se contradicen una con otra, entonces el juez se ve en la necesidad de elegir entre una de ellas. En nuestro caso, deberá elegir entre la CPR y el tratado. ¿Cuál debe elegir? En nuestro sistema nacional el juez no puede prescindir de ninguna *a priori*, teniendo dos caminos de solución: o encuentra una interpretación que armonice la norma contenida en el tratado y la norma contenida en la CPR (interpretación conforme a la CPR) o solicita al TC que declare la inaplicabilidad del precepto legal (tratado). En ambos casos la supremacía constitucional debiera salir favorecida.

v) En quinto lugar, se ha dicho que es muy difícil fijar la línea entre los casos en que las Cortes deben guardar mayor deferencia y los otros en que no, lo que genera un enorme problema práctico. Esto abre las puertas a que no tengamos seguridad acerca de si los jueces invocan la doctrina de las cuestiones políticas por otras razones que no se expresan[162].

Este argumento no es, en principio, importable a nuestro sistema nacional (a lo menos para el caso de los tratados, que es el que interesa a esta investigación), ya que, entre nosotros, el debate acerca del control de los tratados tiende a considerar posiciones absolutas: o todos los tratados que regulan materias de ley son preceptos legales para efectos del control represivo, o ninguno lo es. No se han reconocido en nuestra doctrina matices que se asocien con el carácter político del tratado, sin perjuicio de la posición que sólo permite la procedencia del control para los tratados que no versan sobre derechos esenciales.

Lo dicho en el párrafo precedente debe relativizarse, ya que el TC, en materia de tratados internacionales, ha elaborado una doctrina de deferencia especial[163] que comprende elementos como la presunción de constitucionalidad del tratado, con el imperativo del intérprete de realizar un esfuerzo hermenéutico de encontrar un sentido de la norma objeto de control que sea compatible con la CPR, la separación de poderes del Estado, el respeto entre los mismos y por la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad[164]. Dicha doctrina de la

[162] HENKIN (1976) pp. 599-600.

[163] Esta doctrina parece ser ligeramente diferente de aquella que ha sostenido el TC en sus pronunciamientos abstractos de control represivo de constitucionalidad. Para una buena explicación de dicha doctrina, véase a ZAPATA (2008) pp. 225-247.

[164] Véase, en especial, la sentencia del Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000. En su *capítulo I*, la parte considerativa de la sentencia explica las razones que fundamentan la doctrina de la deferencia en materia internacional. En particular, el considerando N° 3 expresa un argumento que puede vincularse

deferencia en materia internacional es, sin embargo, diferente a la doctrina de las cuestiones políticas norteamericana, ya que la primera acepta que existan casos (excepcionales) en que se justifique la declaración de inconstitucionalidad, debiendo el mismo TC ponderar los elementos descritos más arriba.

Sin embargo, es muy difícil para el TC deslizar líneas claras que permitan identificar los elementos que él mismo enumeró en la sentencia citada, razón por la cual es posible que esta doctrina de la deferencia encuentre contradictores similares a los críticos norteamericanos.

vi) En sexto lugar, entre nosotros, la doctrina de las cuestiones políticas puede ser considerada compatible con las teorías dualistas, que señalan que el Derecho Internacional regula materias diferentes a las del Derecho Nacional y, por consiguiente, que ambas ramas del Derecho se refieren a ordenamientos jurídicos paralelos y distintos. Si regulan cuestiones distintas, entonces no se contradice el uno con el otro y, por consiguiente, no se justifica el control constitucional. Lo anterior se explica en la falacia elemental de la doctrina de las cuestiones políticas: la separación completa entre lo puramente político (donde se encuentran las relaciones internacionales) y lo puramente jurídico. Si la política está separada del Derecho, entonces no pueden contravenirse, y el Derecho no puede controlarla. Esta es una afirmación imprecisa, imposible de delimitar de manera predecible, y contraria al mismo constitucionalismo, ya que justamente el Derecho Constitucional existe para limitar el poder, y no para separarse de él.

Separar los tratados internacionales del control constitucional significa abrir la puerta a que el encargado de las relaciones internacionales pueda eludir la CPR y que dicha infracción quede sin sanción.

vii) En séptimo lugar, se rechaza uno de los argumentos sostenidos en *Baker v. Carr*, ya citado, por el cual las cuestiones políticas no justiciables se fundamentan en la ausencia de estándares judiciales de control. Este argumento excluye el control constitucional porque considera que este no tiene herramientas para controlar. Lo mismo podría decirse en Chile (erróneamente, por supuesto) en materia internacional, ya que no existen estándares específicos para el control de los tratados internacionales.

con el argumento de los internacionalistas relativo a la estabilidad de las relaciones internacionales: "Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución".

Este argumento es falso: como dice Redish, "[...] cualquier disposición de la Constitución puede nutrirse con estándares interpretativos de trabajo. Para estar seguro, esos estándares usualmente no provendrán ni del lenguaje ni de la historia de la norma, pero ese hecho no distingue entre los muchos estándares judiciales invocados cada día. Si nos tomáramos en serio el argumento de la ausencia de estándares, entonces estaríamos probando mucho más de lo que casi todos nosotros hemos intentado, ya que una porción sustancial de formas de revisión judicial [control constitucional] es susceptible de la misma crítica"[165].

Entre nosotros, el argumento se puede contestar así: es posible que encontremos estándares de revisión en la propia CPR, ya que si ellos no existieran, entonces no sería posible el control judicial. Este problema ocurre en muchas áreas y, sin embargo, igual hay justicia constitucional. Es posible hacer esfuerzos sistemáticos para encontrar esos estándares, como efectivamente lo ha hecho el TC cuando ha declarado, por ejemplo, que el Estatuto de Roma era inconstitucional. En ese caso, el TC recurrió a argumentos derivados de la soberanía y del estatuto constitucional de los tribunales[166]. Por supuesto, pueden existir casos en que la CPR no se pronuncia de ninguna manera, y en esos casos el control constitucional procederá para verificar que ella no sea vulnerada, aun cuando no exista la posibilidad de que se declare inconstitucional[167]. Los estándares de revisión existen, por lo que el control de los tratados es útil.

viii) En octavo lugar, si comparamos el costo de que el control judicial de la constitucionalidad invada el proceso político (como ocurre cuando declara inconstitucional un tratado generando responsabilidad internacional) con el costo de que el control fracase dejando sin protección a los derechos constitucionales y dando rienda suelta al poder político, parece ser que la balanza se inclina por el último[168].

Entre nosotros, la concepción de la primacía de la persona que contiene nuestra CPR, junto con valores como la dignidad, la servicialidad y la soberanía limitada, llevan a inclinarse por la alternativa que pueda proteger de mejor manera a la persona. Parece ser que, en el problema que intento resolver en este trabajo, el control constitucional entrega una garantía para hacer primar los derechos constitucionales en contra de tratados internacionales que los puedan vulnerar[169]. En consecuencia, debiera optarse por una alternativa que no deje a las

[165] REDISH (1985) p. 1047.
[166] Véase el fallo del Tribunal Constitucional (2002) Rol 346-2002.
[167] En EE.UU. se pone el ejemplo de la facultad presidencial para reconocer gobiernos extranjeros, cuestión no regulada en la Constitución. Véase una crítica en REDISH (1985) p. 1048.
[168] En este sentido, Redish compara el peso de los "males" y se inclina por los derechos constitucionales. REDISH (1985) pp. 1049-1050.
[169] Piénsese, por ejemplo, en la discusión que se viene con la aplicación del Convenio 169, de la OIT, donde varios derechos fundamentales se ven en riesgo. Véase la sentencia del TC en el control preventivo del mismo, Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000.

personas en la indefensión en contra de los instrumentos internacionales que los pudieran afectar.

4. Un argumento democrático adicional a favor del control represivo de los tratados internacionales

Sostener que los tratados quedan fuera del control constitucional porque hay que impedir la responsabilidad internacional del Estado, implica sostener también que el legislador no puede contradecir lo dispuesto en un tratado o, en términos más prácticos, por lo que los jueces internacionales disponen al interpretarlo. De esta manera, los jueces internacionales podrían volverse más poderosos que nuestro TC y que nuestro legislador nacional para ciertas materias específicas. La reforma del año 2005 impide al legislador modificar los tratados, ya que ellos sólo pueden ser modificados por las vías internacionales. Sin embargo, no dice nada respecto de la posibilidad de que se dicten leyes que contradigan los tratados.

Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso hipotético: un tratado internacional sobre derechos humanos que reconoce y protege al mismo tiempo la libertad, la intimidad y el derecho a la vida. No dice nada, a lo menos expresamente, sobre el aborto. Entonces un juez internacional interpreta estos derechos señalando que el aborto es una manifestación de la libertad y la intimidad, y que no se opone a la vida porque el no nacido no es una persona protegida por el tratado[170]. Así, nuestra legislación interna sería ilícita en la perspectiva internacional, y deberíamos modificarla para impedir que nazca la responsabilidad del Estado.

En el ejemplo, la interpretación del juez internacional no es previsible, razón por la cual cualquier control constitucional preventivo fracasará, y ella infringe nuestra CPR (o lo que el TC ha entendido que dice nuestra CPR[171]) y nuestras leyes que castigan el aborto. De esta manera, el tratado vino a modificar nuestro régimen interno sin que nosotros lo supiéramos y sin que el Congreso pudiera predecir lo que sucedería. En este ejemplo, resulta evidente que el control preventivo del TC resultó un fracaso, al igual que el control político del Congreso.

Lo anterior trae un costo importante para nuestra comunidad política y para nuestra democracia. ¿Hay, entonces, alguna manera de defendernos en contra de este tratado?

[170] Este no es un caso de laboratorio. De hecho, de una manera similar se reconoció el derecho a abortar en EE.UU. Véase el caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[171] Véase, por ejemplo, la doctrina recogida en la famosa sentencia relativa a la píldora del día después. Tribunal Constitucional (2008) Rol 740-2007.

El control constitucional represivo y la dictación de una ley modificatoria parecen ser las únicas vías (sin perjuicio de la denuncia del tratado, por supuesto). ¿Traen estas vías responsabilidad internacional? Puede ser. Es lo más probable. Pero ¿debemos por esa razón renunciar a nuestra facultad para gobernarnos democráticamente y renunciar también a tomar las decisiones morales y políticas más relevantes dentro de los canales que hemos previsto en nuestra CPR? El costo de impedir la responsabilidad internacional parece muy alto. Es por esto que la norma contenida en el art. 4° de la CPR, que reconoce que Chile es una república democrática, puede iluminar una interpretación correcta del problema.

Otra arista interesante de explorar, también relacionada con el argumento democrático recién descrito, se vincula con el principio constitucional de la responsabilidad de la autoridad (arts. 6° y 7° de la CPR, entre otros). En este sentido, nuestro diseño institucional tiene un defecto: la infracción a la CPR por celebrar tratados internacionales no trae como consecuencia una responsabilidad efectiva que disuada al gobernante de celebrar tratados contrarios a la CPR. Evidentemente que la acusación constitucional en contra del Jefe de Estado y/o en contra del Ministro de Relaciones Exteriores es una posibilidad en la teoría, pero parece ser poco probable que dicha posibilidad sea exitosa[172], sobre todo cuando se considera que el mandato presidencial es de cuatro años, período aparentemente muy breve como para entender bien cuáles son los efectos de los tratados internacionales que se hayan celebrado. Entonces, la autoridad puede negociar tratados contrarios a la CPR sin someterse a ninguna consecuencia y sin pagar ningún costo por ese acto ilícito.

De esta manera no existe ningún estímulo o incentivo para que la autoridad adecúe las negociaciones internacionales a Derecho, en circunstancias que, desde la perspectiva internacional, puede que la misma autoridad esté recibiendo otros beneficios (como la aceptación de un determinado grupo de interés a nivel internacional, por ejemplo). La posibilidad de que exista control constitucional del acto ilícito no soluciona el problema, ya que la autoridad sigue teniendo incentivos para actuar de manera ilícita. Sin embargo, a lo menos, el control constitucional del tratado internacional podría permitir la disminución de los beneficios probables que recibirá dicha autoridad, ya que su acto no será del todo efectivo.

[172] Recordemos también que no existe la posibilidad de interponer acusación constitucional en contra de los parlamentarios, quienes también formaron parte del proceso de elaboración del tratado internacional, a lo menos en su etapa de aprobación. Lo mismo sucede respecto de los ministros del TC, que no pueden ser acusados constitucionalmente, en circunstancias que participaron del control obligatorio o eventual antes de que el tratado entrara en vigor.

5. La propuesta de este trabajo

En este trabajo propongo revisar el tipo de razonamientos entregados en la sección I para avanzar a un nivel de discusión que considere el tipo de argumentación que hemos visto en los apartados anteriores de esta sección.

Así, estaremos en condiciones de ponderar si la ausencia de control constitucional implica un costo para nuestra organización democrática y para nuestra comunidad política. El nuevo modelo argumentativo debe dirigirse a contestar las siguientes preguntas, todas derivadas de las consideraciones realizadas en los apartados precedentes: ¿Debe el control constitucional ser superior al control internacional? ¿Puede el control judicial internacional interpretar los tratados creando nuevas posiciones vinculantes para nuestra comunidad política? ¿Queremos entregar a jueces internacionales la decisión de materias relevantes para nuestra organización social y moral? ¿Estamos dispuestos a asumir ese costo a cambio del beneficio de mantener nuestras relaciones internacionales en buenas condiciones? Y, antes que eso ¿Es necesario asumir dicho costo para cumplir el objetivo de tener relaciones internacionales saludables? ¿No existe, acaso, una alternativa mejor? ¿La autoridad competente tiene poderes ilimitados para celebrar tratados internacionales? ¿Qué tipo de responsabilidad asumirán las autoridades que celebren tratados contrarios a la CPR? ¿Qué mecanismos existen para hacerlos valer? ¿Qué nivel de predictibilidad existe respecto de la jurisprudencia internacional futura?

Las críticas a la doctrina de las cuestiones políticas pueden colaborar con directrices que apunten a responder las interrogantes mencionadas, en la medida en que permiten visualizar el hecho de que la renuncia al control del respeto por la supremacía constitucional implica renunciar también a la idea de que los jueces (el TC, en nuestro caso) puedan proteger los derechos constitucionales y el diseño institucional en que ellos se insertan. Así, existen, por ejemplo, principios constitucionales que están en juego, como ocurre con el principio de la separación de poderes y con el principio de responsabilidad de la autoridad, entre otros. Esos jueces internos han sido designados por las vías diseñadas por nuestro constituyente, y están sometidos al régimen establecido por nuestras autoridades representativas. No ocurre lo mismo con los jueces internacionales.

Conclusiones

1. El control constitucional represivo de los tratados internacionales está cuestionado por la doctrina internacionalista, mientras que es defendido por un grupo de constitucionalistas que pretenden hacer primar la supremacía de la CPR por sobre otras consideraciones.

2. El debate entre internacionalistas y constitucionalistas ha sido muy fecundo en cuanto a la cantidad de publicaciones que defienden una posición o la otra. Asimismo, este debate ha impactado en la jurisprudencia de los tribunales y en el TC, el que ha tenido que tomar posiciones relevantes para el mismo en diversas oportunidades. Entre ellas, se destaca la sentencia donde el TC controla la modificación a su propia ley orgánica, ya citada, donde se asume una posición intermedia que no satisface completamente la defensa internacionalista ni la constitucionalista.

3. Sin embargo, y pese a la cantidad de publicaciones y pronunciamientos jurisdiccionales, el debate nacional no ha sido capaz de escapar a una lógica formalista preocupada por el sentido lingüístico de las expresiones que utiliza la CPR. Ello empobrece la discusión, ya que tiende a presentar argumentos neutros, quitándoles importancia a los valores y principios relevantes en juego.

4. Con el objeto de reorientar el debate, y agregar esos valores y principios relevantes, se propone estudiar las críticas que se han elaborado en la doctrina norteamericana en contra de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables (que ya está en retirada). Muchas de dichas críticas podrían tener algún asidero entre nosotros si se dimensiona bien cuál sería su impacto. Para ello, es necesario avanzar en la aceptación de la interpretación sistemática y finalista, dejando de lado el excesivo literalismo u originalismo que se ha observado en la discusión nacional.

5. Conforme a lo anterior, se pueden abrir puertas a un modelo argumentativo más rico, basado en las consecuencias que trae asumir una posición u otra, especialmente tratándose del respeto a los derechos constitucionales. Junto a ello, se propone mirar el sistema democrático constitucional como una manera de proteger a la comunidad política nacional en contra de eventuales ataques de la jurisprudencia internacional interpretando tratados en un sentido impredecible por parte de jueces que no gozan de la misma legitimidad democrática interna. Este tipo de consideraciones, en general, tienden a fortalecer la posición constitucionalista, a la cual suscribo.

Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2007): "La internalización del Derecho Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 223-281.

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

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005): "Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1: pp. 119-126.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos (2003): "La Reforma Constitucional del Año 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia", en *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 375-401.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos (1993): "Proposiciones del grupo de estudios constitucionales sobre el Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 361-365.

ARAB NESSRALLAH, Juan, (2000): "Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 33-54.

ATRIA, Fernando (2000): "Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha", en *Estudios Públicos*, N° 79: pp. 347-402.

ATRIA, Fernando (1993): "Tribunal Constitucional y Objeción Democrática", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 367-378.

BARKOW, Rachel E. (2002): "More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy", en *Columbia Law Review*, Vol. 102 N° 2: pp. 237-336.

BARENDT, Eric (1998): *An Introduction to Constitutional Law* (New York, Oxford University Press) 189 pp.

BENADAVA, Santiago (2004): *Derecho Internacional Público* (8ª edición, Santiago, LexisNexis) 411 pp.

BERTELSEN REPETTO, Raúl (1996): "Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 211-222.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2005): "Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva* (Santiago, LexisNexis) pp. 213-254.

BRUNA, Guillermo (2000): "Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2: pp. 435-438.

BUCHHEISTER ROSAS, Axel, y SOTO VELASCO, Sebastián (2005): "Criterios para la calificación de normas orgánico-constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32 N° 2: pp. 253-275.

CALDERÓN VARGAS, Mario (1999a): "Antecedentes históricos y normas básicas del proyecto de Tribunal Penal Internacional", en *Temas de Derecho*, Año XIV N°s 1 y 2: pp. 77-86.

CALDERÓN VARGAS, Mario (1999b): "Los tratados internacionales sobre protección de la persona humana, su jerarquía interna y externa", en *Temas de Derecho*, Año XIV N°s 1 y 2: pp. 135-141.

CAMPUSANO, Raúl (2006): "Tratados y el Derecho Internacional en la reforma constitucional de 2005", en *Actualidad Jurídica*, Año VII N° 13: pp. 25-41.

CEA EGAÑA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo I.

CEA EGAÑA, José Luis (1999): "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 5 N° 2: pp. 353-361.

CRUZ FUENZALIDA, Francisco (2009): "El régimen de tratados internacionales promovido por la reforma constitucional 2005, alcances y desafíos", en *Diplomacia*, N° 121: pp. 97-108.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2002): "Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 137-145.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1996): "Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 255-258.

CURRIE, David P. (2000): *The Constitution of the United States. A primer for the People* (Chicago, The University of Chicago Press) 165 p.

DAMROSCH, Lori F.; HENKIN, Luis; PUGH, Richard Crawford; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans (2001): *International Law. Cases and Materials* (4ª edición, St. Paul, West Group) 1678 pp.

FERMANDOIS, Arturo (2003): "El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3: pp. 471-489.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2003): "Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales", en *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 485-511.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1999): "Consecuencias de la integración en la institucionalidad vigente en Chile", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X: pp. 103-109.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1998): "Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1: pp.45-50.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1989): "La reforma al artículo 5° de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 3: pp. 809-825.

GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto (1996): "Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 259-275.

GAMBOA, Fernando, y FERNÁNDEZ, Macarena (2005): *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración* (Santiago, LexisNexis) 764 pp.

GAMBOA SERAZZI, Fernando (2002): "El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 155-160.

GAMBOA SERAZZI, Fernando (2000): "Derecho Internacional y Derecho Interno", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 23-31.

HENKIN, Louis (1987): "Lexical Priority or Political Question: a Response", en *Harvard Law Review*, Vol. 101 N° 2: pp. 524-533.

HENKIN, Louis (1979): "Is there a Political Question Doctrine?", en *The Yale Law Journal*, Vol. 85 N° 5: pp. 597-625.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2009): *Las fuentes formales del Derecho* (Santiago, Legal Publishing) 114 pp.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2008): "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 2: pp. 73-119.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2007): "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 119-126.

INFANTE CAFFI, María Teresa (1996): "Los tratados en el Derecho Interno Chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 277-297.

IRIGOIN BARRENNE, Jeannette (1996): "La Convención Americana de derechos humanos como Derecho Interno Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2- 3, Tomo I: pp. 299-307.

LANDA ARROYO, César (2007): *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (3ª edición, Lima, Palestra Editores) 1005 pp.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2005): "Los tratados y la reforma constitucional", en NOGUEIRA Alcalá, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 345-379.

MOHOR, Salvador, y VARAS, Paulino (2000): "Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales", en *Temas de Derecho*, Año XV N°s 1 y 2: pp. 97-124.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo (2002): "Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 147-154.

NAGEL, Robert F (1989): "Politic Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56 N° 2: pp. 643-669.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 59-88.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 381-403.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1996): "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 341-380.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1993): "Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 881-895.

PEÑA TORRES, Marisol (2008): "La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1: pp. 205-222.

PEÑA TORRES, Marisol (2006): "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena a un año después de la reforma de 2005", en *Ponencia presentada en*

HEMEROTECA

las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público (online) [fecha de consulta: 20 de mayo de 2010] Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/ponencias.htm.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2003): "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo Interno", en *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 467-484.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1998): "Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales", en *Ius et Praxis*, Año 4 N° 1: pp. 259-268.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1997): "Constitución Política de la República y Tratados Internacionales", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 63-72.

PRECHT PIZARRO, Jorge (1996): "Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 381-405.

REDISH, Martin H. (1985): "Judicial Review and the Political Question", en *Northwestern University Law Review*, Vol. 79 N° 5-6: pp. 1031-1061.

RIBERA NEUMANN, Teodoro (2007): "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 89-118.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2007): "La reforma de 2005 a la Constitución chilena", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 7: pp. 213-231.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1998): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos", en *Gaceta Jurídica*, N° 215: pp. 7-14.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1997): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 101-112.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2000): "El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 1: pp. 47-53.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario (2000): "Corte Penal Internacional y Soberanía Universal", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 9-22.

SAENGER GIANONI, Fernando (1993): "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 647-667.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2002): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo VIII.

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

SHAPIRO, Martin (1993): "Revisión judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericano y europeo", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 475-479.

SOLA, Juan Vicente (2006): *Control Judicial de Constitucionalidad* (2ª edición, Buenos Aires, LexisNexis Argentina) 773 pp.

TIGAR, Michael E. (1970): "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine`, and Foreign Relations", en UCLA *Law Review*, Vol. 17: pp. 1135-1179.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1987): *La Democracia en América* (México, Fondo de Cultura Económica) 751 pp. Obra original es de 1835.

TRONCOSO, Claudio, y VIAL, Tomás (1993): "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 695-704.

TRONCOSO REPETTO, Claudio (2000): "La Corte Penal Internacional y el principio de la complementariedad", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2: pp. 407-417.

VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto (2002): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo I.

VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto (1999): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo II.

VERDUGO R., Sergio (2010a): "Tratados internacionales y control obligatorio: crítica a una propuesta inconveniente", *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, en prensa.

VERDUGO R., Sergio (2010b): "Control preventivo y obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol. 8 N° 1, en prensa.

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

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009): "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 13: pp. 57-82.

WALDRON, Jeremy (2006): "The Core of the Case Against Judicial Review", en *The Yale Law Journal*, Vol. 115 N° 6: pp. 1346-1406.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 623

Sentencias del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional (1987): Rol N° 46-1987, 21 de diciembre de 1987.

Tribunal Constitucional (1999): Rol N° 288-1999, 24 de junio de 1999.

Tribunal Constitucional (2000): Rol N° 309-2000, 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional (2000): Rol N° 312-2000, 3 de octubre de 2000.

Tribunal Constitucional (2002): Rol N° 346-2002, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional (2003): Rol N° 383-2003, 5 de septiembre de 2003.

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 740-2007, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 834-2007, 13 de mayo de 2008.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1288-2008, 25 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1340-2009, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1415-2009, 24 de junio de 2009.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1483-2009, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2009) Rol N° 1504-2009, 27 de octubre de 2009.

Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

Whitney v. Robertson, 124 U.S. 190 (1888)

Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890)

Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979)

Otros

ARANCIBIA MATTAR, Jaime; BRAHM GARCÍA, Enrique, e IRARRÁZAVAL GOMIEN, Andrés (edit.) (2008): *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)*, (Centro de Estudios Bicentenario, Universidad de los Andes) Tomo I.

COMISIÓN CONSTITUYENTE (1974): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 47ª, celebrada en 20 de junio de 1974 [fecha de consulta: 20 de mayo de 2010] Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 345ª, celebrada en martes 4 de abril de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

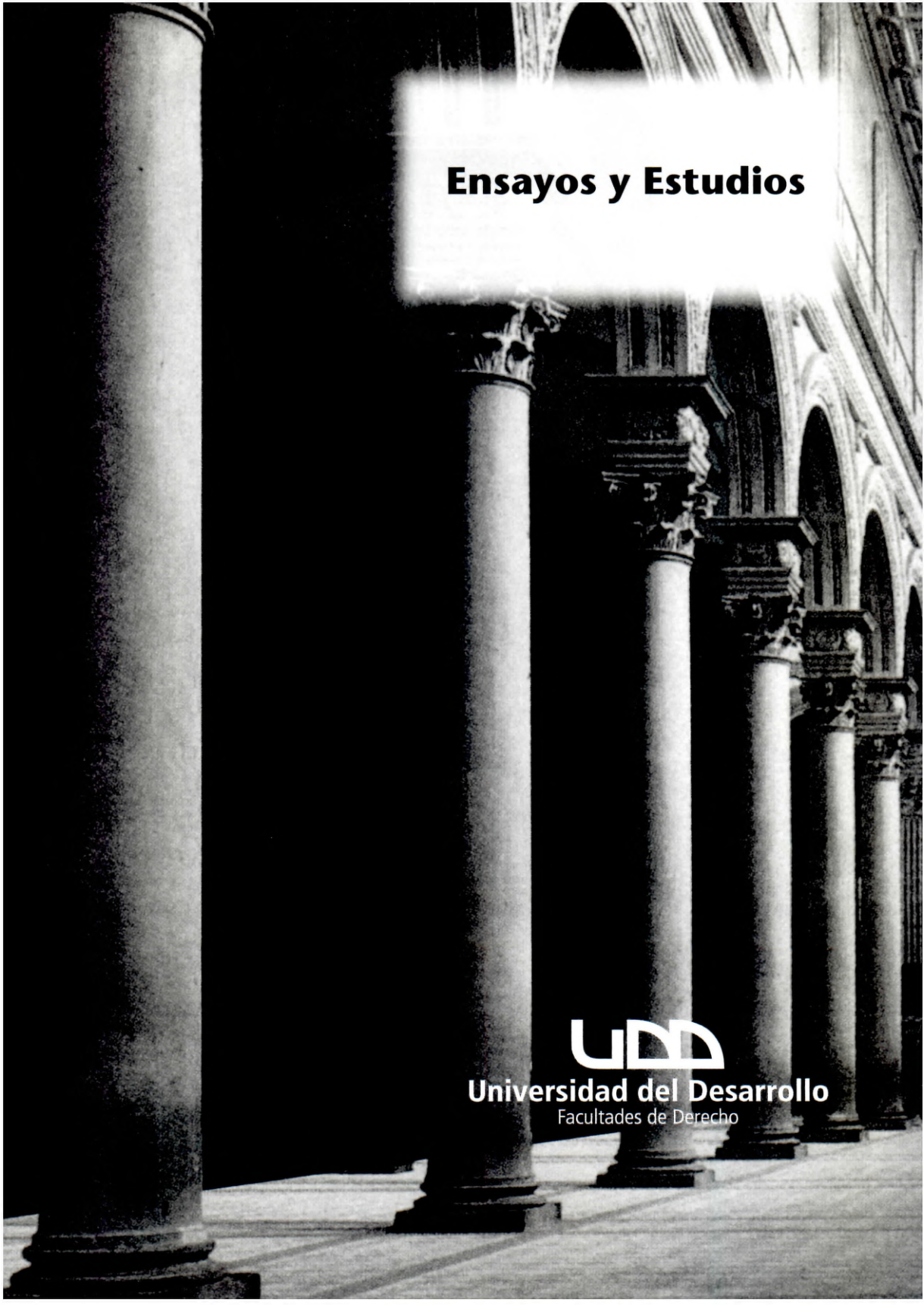
ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 364ª, celebrada en miércoles 3 de mayo de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 367ª, celebrada en martes 9 de mayo de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 368ª, celebrada en martes 9 de mayo de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

TALLER DE ACADEMICOS (1997): "Proposiciones de perfeccionamiento de las normas constitucionales en materia de tratados", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 217-223.

Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Responsabilidad profesional

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo plantea la posibilidad de construir una teoría general relativa a la responsabilidad que pesa sobre los profesionales en el ejercicio de sus funciones. Se destaca el hecho de que nuestra legislación regule tanto el reconocimiento oficial de las universidades como de los centros de formación técnica e institutos profesionales, el otorgamiento de títulos profesionales que requieren el grado de licenciado, se establezca un sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior e, incluso, exista un examen nacional de conocimientos. De ello se colige que en Chile el Estado brinda un reconocimiento especial a los profesionales para el desempeño de sus actividades. Paralelamente, los profesionales gozan de un monopolio que les reserva un mercado al cual no pueden acceder sino aquellas personas investidas de un título reconocido por el Estado. En este marco se postula un régimen especial de responsabilidad referido a los profesionales. Particular relevancia se asigna a la descomposición de la culpa de que se responde a propósito del ejercicio profesional, señalándose que la "impericia", en este contexto, debe considerarse un elemento objetivo de responsabilidad, eliminándose, a su respecto, el juicio de reproche fundado en los factores de imputación.

* * *

La responsabilidad profesional será en el futuro inmediato una de las preocupaciones preferentes, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Hasta este momento ha sido el área médica la que ha suscitado mayores conflictos de este tipo, rompiéndose una larga tradición que hacía a esta clase de profesionales "intocables", sea por incompetencia de los tribunales o por el poder corporativo de los colegios de la orden. Lamentablemente, en este proceso pueden observarse dos tendencias igualmente dañinas. Primero, la circunstancia de que los abogados hayan preferido la persecución criminal contra los médicos (imputándoles el cuasidelito de homicidio o de lesiones contemplado en los artículos 491 y 492 del Código Penal), lo cual ha permitido ejercer sobre ellos una presión indebida. Segundo, la ausencia de una "teoría general de la

responsabilidad profesional", hecho que ha repercutido en la pobreza de la dogmática y de la jurisprudencia. Todos los problemas relativos a esta materia se resuelven de acuerdo a las normas de derecho común (responsabilidad contractual y extracontractual), sin advertir que la responsabilidad profesional tiene rasgos propios que no deben desconocerse.

Hemos advertido que en nuestro país se está produciendo un cambio silencioso y de enorme importancia, que deriva del aumento exponencial del número de profesionales que se incorpora año a año al proceso productor, como consecuencia del surgimiento de numerosas universidades que absorben aproximadamente el 36% de los egresados de la enseñanza media (hasta 1980 esa cifra era de apenas un 4%). Nadie podría negar el avance que este fenómeno representa, pero nadie, tampoco, puede desconocer que aumentará agresivamente la competencia y, como irremediablemente sucede en todos estos casos, ello implicará una relajación ética en la conducta de los nuevos profesionales. Por lo tanto, resulta indispensable acentuar los controles éticos, estimular la actividad jurisdiccional para sancionar de modo ejemplar estas infracciones, y brindar amparo a quienes sufren sus nefastas consecuencias. De aquí la necesidad imperiosa, creemos nosotros, de formular una teoría coherente sobre la responsabilidad profesional, atendiendo a sus características y especificidades y abrir camino a la innovación jurisdiccional. En este sentido encaminamos nuestros esfuerzos.

No podría faltar en este comentario una alusión directa a los efectos sociales que se siguen del aumento exorbitante de profesionales. Desde antiguo, en cierta medida, estos últimos fueron sustituyendo las elites aristocratizantes. El profesional en Chile facilitó la movilidad social y generó una casta privilegiada, no en virtud de sus ancestros, sino en virtud de su capacidad y méritos. Lo anterior permitirá, a corto plazo, redefinir los roles que en la comunidad desempeñarán quienes intervienen en el proceso productor, generándose un sistema (meritocracia) que, sin duda, enriquecerá a nuestro país. Lo que señalamos obliga a poner especial atención al funcionamiento de las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, ya que de su solvencia científica y capacidad académica dependerá en gran medida el modelo social de Chile.

I. ¿Qué es un profesional?

A. Definición y requisitos

Se le puede definir como *"la persona dotada de preparación, conocimientos, habilidades y destrezas, calificadas por la autoridad pública, que la habilitan para desempeñarse en una determinada área del proceso productivo"*.

De este concepto debe rescatarse, desde luego, el hecho de que se trata de una persona revestida de aptitudes especiales que sólo pueden adquirirse en determinados establecimientos de enseñanza superior, que dicha aptitud sea constatada (calificada) por la autoridad pública, y que ello sea habilitante para desempeñarse en una determinada área de la actividad económica. No parece posible poner en duda ninguna de estas características, si se atiende a la legislación vigente sobre la materia, cuestión que analizaremos enseguida.

Reconocimiento legal del título profesional y de la universidad

Este reconocimiento implica que el Estado (a través de la ley) **asegura la calidad del profesional y del establecimiento en que se forma**. No está de más recordar que la voluntad del Estado se expresa por medio de las normas jurídicas y, muy especialmente, del mandato constitucional y legal. Por lo mismo, el reconocimiento que el Estado presenta a situaciones de este carácter constituye la máxima garantía que es posible exigir.

Título profesional y grado académico

El artículo 35 de la Ley N° 18.962 (Orgánica Constitucional de Enseñanza), actualmente vigente en este país, dispone, en el artículo 35: *"El **título profesional** es el que se otorga a un egresado de un instituto profesional o de una universidad que ha aprobado un programa de estudios cuyo nivel y contenido le confieren una formación general y científica necesaria para un adecuada desempeño profesional. El **grado de licenciado** es el que se otorga al alumno de una universidad que ha aprobado un programa de estudios que comprenda todos los aspectos esenciales de un área del conocimiento o de una disciplina determinada"*. Como puede constatarse, la ley define en qué consiste y como se alcanza un título profesional. De la misma manera, alude al "grado de licenciado", cuestión fundamental si se considera que la ley dispone qué profesiones exigen la presencia de esta calidad.

Universidades

El Párrafo 3° de la misma ley, titulado **"Del Reconocimiento Oficial de las Universidades"**, fija los requisitos que deben concurrir para la creación de las universidades (actual artículo 48 y siguientes) y las facultades de la autoridad para supervisar todo lo concerniente a esta materia. El artículo 54 dice que: *"Las nuevas universidades se entenderán **reconocidas oficialmente** una vez cumplidos los siguientes requisitos..."*. Por su parte el artículo 55 agrega: *"Una vez certificado el cumplimiento de los requisitos establecidos para la obtención del **reconocimiento oficial**, el Ministerio de Educación dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de recepción de los antecedentes requeridos, deberá dictar el **decreto de reconocimiento**"*. El artículo 56 inciso 3° señala que: *"Los títulos profesionales que requieren haber obtenido el grado de licenciado a que*

se refiere el inciso primero son los siguientes...". Finalmente cabe destacar que los artículos 57 y siguientes aluden al ejercicio de la facultad para cancelar la personalidad jurídica y revocar el reconocimiento oficial de una universidad. Semejante regulación existe también en relación a los "institutos profesionales" y los "centros de formación técnica". Puede comprobarse, entonces, que el Estado interviene no sólo regulando los títulos profesionales, sino, además, la existencia y funcionamiento de las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica.

Aseguramiento de la calidad de la universidad

Cuanto hemos señalado no es todo. El Estado asume la supervisión de la calidad de la enseñanza, lo cual implica una injerencia en la forma en que se imparte la enseñanza y en los resultados que se obtienen en esta delicada tarea.

A la legislación anterior debe agregarse lo que dispone la Ley N° 20.129, de 17 de noviembre de 2007, que **"Establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior"**. Este aseguramiento (acreditación) es voluntario, sin embargo, el artículo 27 dispone que: *"Sin perjuicio de lo anterior, las carreras y programas de estudio conducentes a los títulos profesionales de Médico Cirujano, Profesor de Educación Básica, Profesor de Educación Media, Profesor de Educación Diferencial y Educador de Párvulos, deberán someterse obligatoriamente a proceso de acreditación establecido en este párrafo. En el caso de las carreras y programas indicados, la acreditación se aplicará siempre desde el primer año de funcionamiento de la respectiva carrera o programa".* La circunstancia de someter a estas profesiones a una exigencia adicional se justifica plenamente, a nuestro juicio, habida consideración de que ellas tienen una incidencia social determinante en la vida de la población y en la formación cultural de sus habitantes, sin perjuicio de los efectos que se analizarán en las páginas siguientes.

Examen nacional de conocimientos

Por último, la Ley N° 20.261 "crea un examen nacional de conocimientos de medicina, incorpora cargos que indica al sistema de alta dirección pública y modifica la Ley N°19.664". Esta normativa impone, como requisito para ingresar a los cargos y empleos de médico cirujano en los Servicios de Salud creados por el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005; en los establecimientos de carácter experimental creados por el artículo 6° de la ley N°19.650; y en los establecimientos de atención primaria de salud municipal, ***"rendir un examen único nacional de conocimientos de medicina y haber obtenido, a lo menos, una puntuación mínima que a su respecto establezca el reglamento****, sin perjuicio de los demás requisitos que les exijan otras leyes. Las instituciones señaladas sólo podrán contratar, en cualquier calidad jurídica y modalidad, a médicos cirujanos que hayan obtenido, de conformidad a lo*

que establezca el reglamento, la puntuación mínima requerida en dicho examen". Agrega esta ley que el mismo examen se exigirá *"para otorgar las prestaciones de salud a los beneficiados del régimen que regula el Libro II del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Salud, de 2005, en la modalidad de libre elección".*

Como puede apreciarse, existe una abundante normativa destinada a controlar el ejercicio profesional de la medicina, subordinando varios beneficios y oportunidades laborales a la comprobación de la capacidad necesaria para prestar este tipo de servicios. El Estado, por lo tanto, no sólo interviene a través del control de la enseñanza en universidades, institutos profesionales o centros de formación técnica, sino también por medio de exámenes destinados a asegurar la calidad profesional e incentivar su perfeccionamiento.

Conclusión

De lo dicho se infiere, a modo de conclusión, que el profesional obtiene un **reconocimiento** especial por parte del Estado, que lo propio ocurre respecto de la **universidad, instituto profesional o centro de formación técnica**, que existe también un **sistema de aseguramiento de la calidad de la enseñanza profesional** y que los profesionales gozan de un **monopolio o reserva** para el ejercicio de las actividades que son propias de su competencia.

No requiere de mayores justificaciones, creemos nosotros, constatar que los profesionales no actúan en el mismo marco jurídico que las demás personas que intervienen en la vida social, y que ellos (los profesionales) se encuentran adscritos a un régimen jurídico especial en lo tocante a su actividad propia. Por lo mismo, no parece aceptable que en materia de responsabilidad se los asimile al derecho común como si la actividad que desarrollan no tuviera rasgos propios y diferenciadores. Lo que singulariza la actividad profesional es el cumplimiento de la llamada *lex artis*, concepto relativo, que se ha definido como *"el catálogo de principios, prácticas y conocimientos técnicos no escritos que integran el código de conductas derivadas de la experiencia, exigidas a quienes despliegan una conducta profesional que crea riesgo"*. Lo predominante es la existencia de un conjunto de disposiciones nacidas, ya sea de la experiencia, la ciencia o la técnica, cuyo cumplimiento determina una conducta profesional eficiente que permite alcanzar el resultado querido por quien reclama la intervención de un profesional. La *lex artis* excluye, entonces, la *mala praxis*, esto es, el ejercicio erróneo o deficiente de la actividad profesional.

Los profesionales universitarios son **una categoría**, pero no la única, ya que puede el profesional provenir de un centro de formación técnica o de un instituto profesional, establecimientos expresamente mencionados en la ley. Entendemos, sin embargo, que la "responsabilidad profesional", de la manera que se enfoca en este trabajo, se refiere sólo a quienes obtienen su título o su

grado en alguno de los establecimientos antes mencionados. Los demás quedan sujetos a la responsabilidad impuesta y regulada en la ley común, salvo que, en casos muy específicos, sean objeto de normas excepcionales.

B. Reconocimiento de la autoridad pública y monopolio en área profesional

De acuerdo a las normas citadas, el Estado **delega** en las universidades, institutos profesionales y centros formación técnica, la función de supervisar la capacitación profesional.

Tratándose de los **abogados** hay que destacar que la Corte Suprema ejerce un control sobre quienes reciben este título profesional (artículos 520 y 523 del Código Orgánico de Tribunales). Lo anterior en concordancia con el artículo 19 N°16 inciso 4° de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la **libertad de trabajo y su protección** y que reza: *"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.* ***La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas".*** De la norma constitucional citada, se desprende que es el legislador el encargado de establecer qué actividades sólo pueden ejercerse por quienes poseen grado o título universitario y cumplen las condiciones mínimas que deben satisfacerse para estos efectos. El mandato constitucional, por ende, es el que permite consagrar un monopolio en favor de ciertas personas (aquellas que cumplen lo ordenado en la ley), todo lo cual se desarrolla en la legislación respectiva.

Las profesiones titulares, por otra parte, se caracterizan por tres aspectos que les son propios y que, en cierta medida, alteran absolutamente el derecho común: poseen **normas sobre deontología** (regulación de los deberes a que está sujeto el profesional); **tribunales éticos**, llamados a juzgar las faltas a las normas morales que rigen la actividad; y, lo que resulta más excepcional, hacen posible que el receptor del servicio profesional **reclame una reparación pecuniaria por la infracción de los deberes éticos propios del ejercicio profesional**, deduciendo la correspondiente pretensión ante los tribunales ordinarios de justicia. En otros términos, tratándose del ejercicio de las llamadas profesiones titulares –como lo demostraremos más adelante–, la infracción de deberes puramente éticos, sirve para fundamentar una acción indemnizatoria y hacerla valer ante la justicia ordinaria. No está de más recordar que cada profesión posee un "código de ética", en el cual se agrupan los deberes que debe cumplir quien detenta un título profesional. Lo que señalamos no es inocuo, si se tiene en consideración que las infracciones a los deberes puramente éticos

no dan lugar a reparaciones indemnizatorias, salvo cuando ellas causan daño patrimonial efectivo. Tratándose del ejercicio profesional, es posible reclamar una indemnización por daño exclusivamente extrapatrimonial (daño moral), fundado en la infracción de un deber ético.

Es innegable, entonces, que nos hallamos ante una actividad jurídicamente reglada, de naturaleza excepcional, respecto de la cual el Estado ejerce una estricta **tuición, no sólo en relación al otorgamiento de los títulos profesionales, sino a las entidades que los confieren y el cumplimiento de los deberes que implica su ejercicio. Lo anterior tiene, además, como contrapartida, la consagración de un monopolio en beneficio del profesional, reservando dichas actividades exclusivamente a quienes detentan el título respectivo.** Este monopolio está resguardado mediante la tipificación del delito de ejercicio ilegal de una profesión (última ratio). En efecto, el artículo 213 del Código Penal prescribe: *"El que se fingiere autoridad, funcionario público o titular de una profesión que, por disposición de la ley, requiera título o el cumplimiento de determinados requisitos, y ejerciere actos propios de dichos cargos o profesiones, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales".* El inciso siguiente del mismo artículo agrega: *"El mero fingimiento de estos cargos o profesiones será sancionado como tentativa del delito que establece el inciso anterior".*

En Chile, en consecuencia, la actividad profesional está **reservada** a quienes poseen título otorgado en conformidad a la ley. Más aún, es posible que se aplique al profesional como pena penal accesoria, la inhabilitación perpetua o temporal para el ejercicio de profesiones titulares (artículos 38 y siguientes del Código Penal).

¿Son suficientes estas razones para sostener que la "responsabilidad profesional" se inserta en una normativa y una realidad sustancialmente distinta de la que impera en el derecho común? A nuestro juicio, esto es indiscutible. Las diferencias que se aprecian entre una actividad productiva común y el ejercicio de una profesión titular son sustanciales, como quiera que se visualice este problema. De aquí que nos resulte indispensable proponer un régimen de responsabilidad profesional que recoja las diferencias observadas y se avenga a la naturaleza real de la actividad que despliega un profesional. No puede ignorarse, tampoco, el hecho de que en la vida moderna la actividad profesional invade cada vez mayores espacios. Lo que antes se ejecutaba invocando una experiencia, una enseñanza práctica o una aptitud natural, hoy es objeto de estudios científicos y sistemáticos sin los cuales no es dable ejecutar aquella actividad. Piénsese, por ejemplo, en el periodismo, que hasta hace muy poco era ejercido por aficionados o personas con talentos naturales afines; o en una serie de actividades relacionadas con las actividades sanitarias, como la enfermería, la kinesiología, la nutrición y dietética, la fonoaudiología, etcétera. Puede, por lo tanto, ase-

verarse que cada día la actividad económica, en sus más diversas áreas, se irá profesionalizando en mayor medida y que la proliferación de profesionales hará necesario arbitrar respecto de ellos un régimen especial de responsabilidad en beneficio de la comunidad. Más aún, el prodigioso desarrollo de la tecnología exigirá que se hagan cargo del nuevo instrumental que vaya apareciendo personas altamente especializadas, lo cual redundará en la necesidad de abrir campo a otras profesiones hasta hoy desconocidas. Visualizamos un abismo entre el mundo artesanal y el mundo tecnológico, incluyendo la revisión de valores que se suponían inamovibles y que hoy, sin embargo, están sometidos a un constante cuestionamiento. En otros términos, todo hace suponer que en un futuro no lejano se incrementará la actividad profesional adquiriendo progresivamente mayor importancia.

C. Responsabilidad profesional

Atendidos los antecedentes mencionados –sobre los que volveremos más adelante– nos resulta evidente que la **"responsabilidad profesional"** afecta sólo a quienes detentan título otorgado por una universidad, un instituto profesional o un centro de formación técnica. Existe un sinnúmero de otras actividades que requieren de preparación especial para ejercerse, pero ellas no pueden ser asimiladas a las profesiones indicadas, atendido el hecho de que no existe sobre ellas una regulación jurídica especial de aplicación restrictiva. Lo anterior ocurre, por ejemplo, con chóferes, jinetes de carrera, fontaneros o gasfíteres, electricistas, ebanistas, chef de cocina, etcétera. Estos últimos, en materia de responsabilidad, están sujetos al derecho común y no cabe asimilarlos a un régimen distinto. Cabe sí reconocer que su regulación (derivada generalmente de normas secundarias, como reglamentos internos, decreto de autoridad, disposiciones corporativas, etcétera) suele contener referencias a la eventual responsabilidad que se sigue de la actividad. Pero no pueden confundirse uno y otro régimen. Hasta este momento nuestros tribunales de justicia han asimilado la responsabilidad profesional a las normas de derecho común, cerrando la posibilidad de darle una fisonomía propia, que es lo que corresponde a nuestro juicio.

II. Un régimen especial de responsabilidad de los profesionales

La jurisprudencia ha ignorado la existencia de un régimen especial de responsabilidad respecto de los profesionales, y la doctrina no ha hecho aporte ninguno a este respecto, según se dijo. Ha faltado, por consiguiente, un esfuerzo serio en tal sentido. Contrasta lo que se señala con la doctrina extranjera, en la cual se discute esta materia y se da por descontado que la responsabilidad profesional tiene rasgos propios que hacen necesario un régimen jurídico particular.

Comencemos por recordar que existe una corriente de pensamiento que propicia un **tratamiento severo** en lo que concierne a la responsabilidad profesional. Jorge Mosset Iturraspe sostiene que ello se debe a las siguientes razones:[1]

1. Los profesionales constituyen la **clase dirigente** de la sociedad. Por ende, cabe exigírseles más que al resto de los ciudadanos. Tanto el plano laboral en que se desenvuelven, la retribución que les corresponde y la libertad con que ejercen sus tareas, les confieren privilegios y ventajas que no son comunes a los demás ciudadanos.

2. Brindan **servicios de particular importancia**, aquellos que mayor preocupación provocan en la atención a la comunidad. No hay duda en orden a que las tareas más complejas y que más incidencia tienen en la vida individual y colectiva son aquellas ejecutadas por los profesionales. De aquí que exista todo un estatuto legal que regula dicha actividad desde su génesis hasta su consumación.

3. Los profesionales que poseen un título universitario están habilitados para desarrollar **monopólicamente** ciertas actividades. La ley les reserva un campo determinado del proceso productor al cual sólo pueden acceder ciertas y limitadas personas. Todavía más, quienes vulneran esta reserva incurren en delito penal (ejercicio ilegal de profesión titular).

4. Los profesionales deben poner **mayor cuidado y atención** cuando actúan en el campo de su especialidad, atendida la preparación especial de que están dotados. Habida consideración del campo en que se desenvuelven, las obligaciones que la sociedad les confía exigen de ellos un esfuerzo riguroso, coherente con el tratamiento de que son objeto.

5. Deben los profesionales actuar al **filo de la ejemplaridad**. Ello implica, en cierta medida, que son referentes obligados de otras actividades, a las cuales la comunidad, a través de su sistema jurídico, asigna especial importancia. Todo lo concerniente a las tareas profesionales conforma una de las bases esenciales del buen funcionamiento de la sociedad.

6. Los profesionales están **protegidos en su retribución** por diversos medios (honorarios). Desde luego, los colegios profesionales o asociaciones gremiales cuentan con normas arancelarias que permiten fijar la remuneración que corresponde, atendiendo a la complejidad, naturaleza, dificultades y originalidad del problema que se procura resolver. De la misma manera, existen procedimientos especiales para facilitar el cobro de dichos estipendios.

[1] Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII. "Responsabilidad de los profesionales". Pág. 34.

7. Los profesionales suscitan la **confianza natural de la gente**, precisamente porque están investidos de conocimientos especializados. Lo que se indica reviste una enorme importancia a la hora de contratarse un servicio profesional o de fijarse la remuneración, ya que se produce una cierta sumisión o ciega aceptación respecto de lo que resuelve u opina un profesional, en particular enfrentado a una crisis o un problema agobiante para el receptor del servicio.

8. El profesional, por lo general, tiene **libertad de aceptar o rechazar** la demanda de sus servicios o del encargo que se le quiera encomendar. Esta facultad no es menor. Debe considerarse que ella permite al proveedor del servicio autocalificar su capacidad y resolver, en definitiva, sobre la base de su propia competencia. En otros términos, el profesional juzga, por sí mismo, si sus conocimientos y aptitudes son idóneos para enfrentar los requerimientos de que es objeto. Agréguese a lo señalado el hecho de que es frecuente, ante problemas que sobrepasan la aptitud de un profesional o que tienen facetas especialmente complejas, llamar a "interconsulta" a otros especialistas, a fin de definir de qué manera debe procurarse una solución.

Todas estas razones confluyen para propiciar un tratamiento severo y riguroso para con los profesionales, en razón, principalmente, de los beneficios de que gozan, la importancia de los servicios que prestan y la preparación de que son objeto.

Otra corriente, siguiendo al mismo autor, afirma que debe **juzgárseles con benevolencia o condescendencia**, aduciendo las siguientes razones:

1. La ciencia que manejan los profesionales –en especial las **"ciencias blandas"** de médicos y abogados– no es una **"ciencia exacta"**. De lo que se deduce un menor rigor en el juicio o apreciación que ellos emiten. Ante los antecedentes conocidos de una situación determinada, pueden presentarse numerosas posibilidades (dificultades de un diagnóstico preciso e inequívoco), todas las cuales tienen asidero y verosimilitud. Por lo mismo, un juzgamiento severo prescinde de esta circunstancia que relativiza considerablemente las hipótesis que maneja el profesional.

2. La **"dificultad y el área de actividad ejercida"** fuerza a esta benevolencia. El profesional se encuentra ante problemas complejos que requieren análisis profundos y una difícil calificación. No hay duda que los problemas que mayores dificultades ofrecen son aquellos encomendados a los profesionales y propios del ámbito de una ciencia o arte específica. Precisamente por ello, se han instituido las profesiones titulares y se ha habilitado para su ejercicio sólo a aquellos capaces de superar todo un largo proceso de aprendizaje.

3. Los profesionales son **libres en la elección de los medios** o caminos para llevar adelante el quehacer encomendado. Esta sola circunstancia da pábulo para brindarles un tratamiento más benigno, ya que la selección de los medios cae en la órbita de sus facultades más elementales y obedece al criterio con que se enfoca el servicio que se otorga.

4. El fracaso del profesional, la mayor parte de las veces, proviene de **fallas personales del cliente**, como su estado anterior de salud, las llamadas causas subyacentes (propensión o predisposición), la mala o incompleta información proporcionada al profesional, la escasa colaboración con su trabajo, etcétera. Son numerosísimos los casos en que la *mala praxis* deriva de errores atribuibles a quien demanda el servicio. El receptor del mismo no puede desentenderse de las limitaciones que naturalmente afectan al profesional y está obligado a prestarle una colaboración activa.

5. La natural **incertidumbre del resultado**, al cual concurre una serie de concausas imposible de neutralizar en su totalidad, colocan al profesional en una situación en extremo desmedrada, ya que será generalmente incierto el objetivo que se pretende alcanzar.

6. La **carga de la prueba** recae en las espaldas del consumidor del servicio ("obligaciones de medio"), quien es el llamado a acreditar que el profesional ha obrado sin la diligencia y el cuidado que corresponden. Este solo hecho revela un reconocimiento, al menos tácito, de que existen impedimentos insuperables que hacen imposible vincular la función profesional a un necesario resultado (lo señalado no importa el reconocimiento de que existan "obligaciones de resultado", materia a la que nos abocaremos más adelante).

Como puede observarse, ambas posiciones (dar a los profesionales un trato severo o, a la inversa, un trato benevolente) se sustentan en justificaciones atendibles, no existiendo posibilidad ninguna de conciliarlas, ya que mientras unos exigen rigor, otros, a la inversa, exigen tolerancia. A este respecto, cabe observar que el trato que se brinda a los profesionales debe definirse atendiendo a las características del "mercado", ya que no es lo mismo un ámbito reducido, en el que interviene un escaso número de profesionales, que un mercado a veces sobresaturado de oferentes de dichos servicios. Creemos nosotros que en este segundo escenario, por obra de un aumento exponencial de profesionales, tienden a relajarse los deberes éticos, crecen las infracciones de todo orden y, por cierto, cobra una importancia esencial todo lo relativo a la responsabilidad profesional. Es esta la realidad que hoy se visualiza en Chile, gracias a la actividad de las universidades públicas y privadas, todas ellas interesadas en aumentar la cobertura de su masa estudiantil.

Sin perjuicio de lo anterior, subsiste, sin embargo, la pregunta formulada sobre si en nuestra legislación puede invocarse un régimen especial sobre la responsabilidad profesional (no un estatuto jurídico, porque evidentemente éste no se encuentra contemplado como tal). **Nosotros creemos que ello es evidente y que dicho régimen se halla patente en la legislación, siendo, por lo mismo, susceptible de precisarse con cierto rigor, a partir de una serie de leyes que, sin hallarse bien integradas orgánicamente, dan cuenta de un tratamiento especial.**

En efecto, para alcanzar esta conclusión debe atenderse a las siguientes razones, todas las cuales han sido comentadas en detalle en lo que antecede:

1. Las profesiones universitarias, y también aquellas impartidas por institutos profesionales y centros de formación técnica, están **reguladas en la ley**. Esta última (la ley) no sólo imponen los requisitos que deben concurrir para el otorgamiento del título o del grado académico necesario, sino que también establece las exigencias a que se halla sujeto un plantel de estudios superiores para ser **oficialmente reconocido**, los medios de control que sobre ellos ejerce la autoridad pública, y el **aseguramiento de la calidad profesional**. Se trata, por lo mismo, de una actividad estrictamente regulada en la ley y la ley es una manifestación superior de la voluntad del Estado. Lo que se señala es excepcional. Ninguna actividad productiva se halla tan rigurosamente reglamentada ni cuenta con el aval del Estado en lo que dice relación con las aptitudes que se exigen a los sujetos que la ejercen, incluso con los establecimientos en que se forman.

2. Los servicios que proporcionan este tipo de profesionales están **reservados exclusivamente a ellos** (monopolio de la actividad), circunstancia que beneficia tanto al receptor como al proveedor de dichas prestaciones. Al primero (receptor), asegurándole la calidad del servicio, y al segundo (proveedor), reservándole un campo de competencia limitada. En consecuencia, estamos en presencia de un mercado restringido a la actuación de determinadas personas y en las cuales no cabe participación a ninguna otra, a riesgo de hacerse reo del delito de ejercicio ilegal de una profesión titular. Lo anterior es consecuencia de un hecho fundamental: se estima que el interés público exige que sólo puedan desempeñarse en ciertas áreas del quehacer productivo ciertas personas que, por sus conocimientos, preparación y dominio de una materia, garantizan un servicio adecuado y seguro. El monopolio de que gozan los profesionales, por lo tanto, se funda en el interés de la comunidad y de cada uno de sus integrantes.

3. La **certificación de idoneidad** (preparación, conocimientos, habilidades y destrezas) **del profesional proviene del Estado** y se expresa a través de los organismos y mecanismo consagrados en la ley. Como se señaló, el Estado **delega** en los establecimientos competentes la formación de los profesionales,

facultándolos para otorgar títulos, previo control y supervisión de su funcionamiento. Las tareas propias del profesional, por mandato expreso de la ley, son indelegables y no pueden ejercerse sino por él, en razón de la naturaleza del servicio y de la competencia que se le atribuye.

4. El profesional, como se dijo, está facultado para **aceptar o rechazar el encargo o servicio** para el cual es requerido, lo que conlleva la posibilidad de que mida su capacidad ante la situación que deberá enfrentar. En otros términos, el profesional se evalúa a sí mismo al aceptar el requerimiento de quien demanda sus servicios. Existen, es cierto, casos excepcionales en los cuales el profesional está obligado a prestar el servicio por imposición de la ley o el bien común (médicos y odontólogos en servicios o postas de urgencia, abogados de turno, etcétera). Pero esta excepción no altera la regla general. Esta característica explica que, cada día con más frecuencia, los profesionales "deriven" a sus clientes a especialistas, precisamente cuando la materia excede su capacidad.

5. Finalmente, el profesional **escoge libremente los medios** de que se vale para la prestación del servicio y es soberano en lo relativo a sus decisiones y conclusiones técnicas. Este aspecto se ve magnificado por el hecho de que en la relación profesional-cliente exista un desequilibrio insuperable que, como se analizó en lo precedente, obliga brindar protección al último (el cliente), la parte más débil y vulnerable de dicha relación.

Este conjunto de circunstancias tan excepcionales nos induce a afirmar que no puede un profesional ser tratado de la misma manera que una persona común y corriente en lo que concierne al incumplimiento de sus deberes y obligaciones específicas. La **naturaleza de la obligación**, por una parte, y la **calidad de quien está llamado a prestar el servicio**, por la otra, revelan que debe adoptarse un "régimen de responsabilidad" especial, que se ajuste mejor a este tipo de relación jurídica. No se trata de ser más o menos severo, o más o menos condescendiente con el profesional. Tampoco de propiciar un estatuto jurídico que, lamentablemente, nunca se ha dictado. Se trata, interpretando la ley, de establecer un "régimen de responsabilidad profesional" que responda a las características antes mencionadas. De aquí nuestra convicción en el sentido que existe un régimen especial de responsabilidad propio de los profesionales, el cual no es más que el resultado de una recta interpretación sistemática y finalista de las normas jurídicas relacionadas con esta actividad. Si, como se ha demostrado, las profesiones titulares tienen un campo que les es propio, agentes que excluyen la participación de otros actores, un estatuto especial respecto de la manera en que deben prestarse los servicios, disposiciones legales especiales que refuerzan el monopolio de que goza el profesional, etcétera: resulta evidente que ello debe ir acompañado de un régimen de responsabilidad que se avenga a esta realidad excepcional.

III. ¿Es dable sostener que las obligaciones que pesan sobre los profesionales son obligaciones "de medio" y no "obligaciones de resultado"?

Nosotros estimamos que la distinción de obligaciones "de medio" y "obligaciones de resultado" es una **falacia**. Como se sabe, esta clasificación tuvo su origen en la **jurisprudencia francesa** a instancia de Demougue. Ni en el derecho francés ni en el derecho chileno puede sostenerse esta clasificación desde una perspectiva dogmática. A juicio nuestro, son numerosas las razones para rechazarla.

1. El derecho describe **conducta humana** y toda norma regula, precisamente, este tipo de comportamiento. La relación jurídica genera un vínculo entre dos o más partes, con ocasión de la ocurrencia de una hipótesis relacional, vínculo que se resuelve confiriendo a una parte una facultad (derecho subjetivo) e imponiendo a la otra una obligación.

2. La obligación consiste en un **"deber de conducta"**, debidamente tipificado (descrito) en la norma. El sujeto que asume una obligación se compromete a comportarse de una determinada forma, a desplegar una cierta conducta. Por consiguiente, se incurre en responsabilidad cuando no se despliega la **"conducta debida"**. Toda obligación lleva unido, como la sombra al cuerpo, un cierto grado de diligencia de que responde el obligado. La diligencia y cuidado debidos se miden en función del grado de culpa de que responde el deudor, sea que se trate de la responsabilidad contractual o extracontractual.

3. La obligación se contrae sobre la base de un **"proyecto o programa conductual"** (prestación). **La "conducta debida" se proyecta sobre la base de alcanzar un resultado o lograr un cierto objetivo** (dar, hacer o no hacer algo). La obligación gira en torno a un eje central, que se denomina **"prestación"**, la cual describe el fin que se pretende alcanzar con la conducta que ambas partes se comprometen a desplegar. **La conducta debida se describe atendiendo al objetivo proyectado y querido por las partes.**

4. La obligación, como conducta debida, se proyecta sobre la base de la **"prestación"**. Al contraerse (la obligación) puede ponerse **mayor acento en la descripción del fin propuesto** o, bien, en el **nivel de diligencia que debe emplearse** para alcanzarlo, pero no por ello la obligación se altera o cambia su naturaleza. No hay una fórmula sacramental para describir la "prestación". Pero no puede existir una obligación sin prestación, como tampoco una obligación sin especificarse el nivel de diligencia que debe emplearse en su cumplimiento.

5. No existe ningún caso en que la "prestación" (resultado o fin) **deba alcanzarse inexorablemente** y bajo todo supuesto. Así, por ejemplo, si una persona

asume todo caso fortuito y se obliga a responder de todo tipo de culpa, **no puede, sin embargo, hacerse cargo del dolo o culpa grave del acreedor**, para el caso que éste obstruya el cumplimiento de la obligación (hay objeto ilícito en la condonación del dolo futuro y la culpa grave equivale al dolo conforme a los artículos 1465 y 44 del Código Civil).

6. Si el deudor se obliga a realizar el máximo esfuerzo para el cumplimiento de una obligación, ello estará siempre referido al proyecto descrito ("prestación"). Los elementos esenciales de la obligación son, por ende, el **"deber de conducta"** asumido y la **"prestación"** descrita en la fuente de la obligación. En consecuencia, **la obligación apunta al objetivo o fin que se pretende alcanzar**. La **diligencia es el medio** en tanto la **prestación es el fin**. Sostener que existen las "obligaciones de resultado" importa subsumir el "deber de conducta" en la "prestación", **eliminando uno de sus elementos esenciales**, esto es, el medio (diligencia y cuidado que debe emplear el deudor).

7. **Toda obligación establece un determinado nivel de diligencia y cuidado**. Son las partes del contrato las llamadas a fijar el grado de culpa de que responde el deudor y, en el evento de que ello no ocurra, el artículo 1547 del Código Civil se encarga de definir de qué grado de culpa responde el deudor. **De esta forma, toda obligación lleva aparejada la diligencia y cuidado que debe emplear el deudor**. Creemos nosotros que toda obligación implica un **deber recíproco de diligencia y cuidado**. El acreedor no puede obstruir el cumplimiento de la obligación y, a la inversa, debe facilitar, en lo que le corresponda, la actividad del deudor encaminada a desplegar el deber de conducta debido. Por ende, creemos que **de la culpa de que responde el deudor debe deducirse la culpa de que responde el acreedor**, en sentido inverso. Si el deudor responde de culpa levísima, el acreedor responde de culpa grave (puesto que el deudor debe desplegar el máximo de diligencia para despejar los obstáculos que pueda presentar el comportamiento del acreedor). Si ambos responden de culpa leve, la conducta de las partes debe ser equivalente en lo que dice relación con la diligencia y cuidado que cada cual debe desplegar. Si el deudor responde de culpa grave, el acreedor responderá de culpa levísima (porque el deudor no estará obligado a despejar los obstáculos que genere la conducta del acreedor sino empleando el cuidado y diligencia que aun las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios). En consecuencia, el contrato, frente a este concepto de la obligación, puede definirse como una **"convención destinada a crear derechos y obligaciones en el marco de una correlación de deberes (obligaciones) recíprocamente condicionados"**. De lo dicho se sigue que el deudor cumple la obligación cuando despliega la conducta debida en función del objeto proyectado (prestación), pudiendo lograrse o no lograrse el fin propuesto (prestación).

8. **El rol que corresponde a la prestación es doble.** Por una parte representa el **proyecto que se procura alcanzar** y, por la otra, sirve para medir **provisional y presuntivamente** si la conducta debida se desplegó. Si la prestación se alcanzó, no hay problema y la obligación se entiende cumplida. Si la prestación no se alcanzó, se presume (presunción simplemente legal) que la obligación se incumplió. Pero, en este último caso, **el deudor puede probar que ha empleado la diligencia y el cuidado debidos** y con ello se exonera de responsabilidad. Lo único que no se puede hacer es obligarse a alcanzar un resultado independientemente del nivel de culpa de que se responde o exonerar de responsabilidad al acreedor si obstruye o impide el cumplimiento de la obligación en cuanto ello implique condonar el dolo futuro o la culpa grave (artículo 1465 del Código Civil).

9. No hay en Chile disposición alguna que permita diseñar una obligación "de resultado". Pero nada impide que **las partes inviertan el "peso de la prueba"** y, en lugar de presumirse la culpa del deudor cuando no se alcanza la prestación, deba ser el acreedor el llamado a probar que el deudor no ha desplegado la conducta debida (el inciso final del artículo 1547 del Código Civil autoriza expresamente un pacto en tal sentido). Esto ocurre cuando al pactarse la obligación **se pone acento en la diligencia** que debe emplear el deudor, **más que en el fin que se procura alcanzar**. En los servicios profesionales ello es frecuente. El médico, el abogado, el ingeniero comercial se obligan a emplear el máximo de cuidado para sanar a un enfermo, para ganar un juicio o para hacer rentable una empresa. **Pero no puede seguirse de ello que se confunda el fin (prestación) con el medio (conducta debida).** De aquí se ha desprendido que en ciertas obligaciones (como sucede con las asumidas por los profesionales en su campo de actividad) es el acreedor quien debe probar que el deudor ha incurrido en falta del cuidado y la diligencia debidos.

10. En suma, siempre podrá el deudor acreditar que ha desplegado la conducta debida y con ello se exonerará de responsabilidad. Incluso en los casos en que haya renunciado al caso fortuito o fuerza mayor, podrá alegarse que el dolo o culpa grave del acreedor ha impedido el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, **rechazamos** de plano que pueda sostenerse que el profesional está sujeto a una obligación "sui géneris", de estructura diversa de la obligación en general. En toda obligación asumida por un profesional existe un fin (prestación proyectada) y un medio (diligencia y cuidado comprometidos). Sólo se incumple la obligación cuando no se ejecuta el deber de conducta asumido, independientemente de si se logra ejecutar la prestación. La obligación del profesional, como toda obligación, es de medio, pero atendido el objeto de la prestación, **provoca una alteración del *onus probandi*,** de modo que no se aplica la presunción consagrada en el artículo 1547 del Código Civil.

Nadie podría negar, creemos nosotros, que cuando se contrata un tratamiento médico es para resolver un problema de salud del cliente, o cuando se recurre a un abogado para la defensa de un juicio es para tener éxito y obtener lo que aquél reclama, o cuando se contrata a un asesor financiero es para lograr mejorar el rendimiento de una empresa. Toda la actividad del profesional se desenvuelve, entonces, sobre la base de la "prestación" como proyecto y finalidad perseguida. La conducta debida –obligación– tiene un fin y un medio. Como se dijo con antelación, el fin es la "prestación" y el medio la actividad que compromete el deudor al asumir esta condición. No cabe, en consecuencia, hablar de "obligaciones de medio" en oposición a "obligaciones de resultado".

A nuestra manera de ver las cosas, los conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes profesionales, por el hecho de estar **certificados por el Estado** (en los casos especiales en que ello ocurre), **se presume que han sido debidamente empleados**. Este es el hecho que justifica la inversión de la prueba y lo que justifica que deba ser el receptor del servicio profesional quien esté obligado a probar la culpa del profesional. Este efecto no es menor, si se considera que uno de los problemas más difíciles de resolver en la configuración de la responsabilidad en general y de la responsabilidad profesional en particular, es la concurrencia del factor de imputación, sin el cual no puede imponerse el deber de indemnizar, salvo que se trate de un caso de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, el receptor del servicio, desde esta perspectiva, recibe un apoyo sustancial de la ley en resguardo de sus intereses.

IV. Aspectos especiales propios de la responsabilidad profesional

Hemos sostenido que, si bien no existe un **estatuto jurídico** especial que regule la responsabilidad profesional, sí existe un **régimen** sólo aplicable a esta clase de servicios, habida consideración de una serie de aspectos que les son propios. De aquí que, en principio, para juzgar la responsabilidad profesional deben operar las normas de derecho común que reglamentan la responsabilidad **contractual** y la responsabilidad **extracontractual**, sin perjuicio de las especificidades que se irán destacando a medida que se analicen en detalle las particulares que ofrece este tipo de responsabilidad. En otros términos, si bien es procedente aplicar el derecho común, éste debe entenderse modificado y/o complementado en todo aquello que es propio de la responsabilidad profesional. Nuestra jurisprudencia, como se dijo al iniciar este trabajo, se ha limitado, en lo relativo al ejercicio profesional, a aplicar las normas de ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual), sin atender a las diferencias que observamos. Por otro lado, ha sostenido, equivocadamente a nuestro juicio, que las obligaciones profesionales son "de medio", *justificando* con ello la inversión del peso de la prueba, pero, paralelamente, desvirtuando

la estructura de la obligación como se explicó en las páginas anteriores. Si algo caracteriza a la jurisprudencia es la diversidad de las indemnizaciones que se ha ordenado pagar, lo cual, hasta este momento, no ha sido objeto de sistematización de ninguna especie.

A. Responsabilidad contractual

Si entre el proveedor del servicio profesional y el receptor del mismo media un contrato, éste tiene caracteres especiales que no pueden dejar de destacarse.

a. Hay un **desequilibrio negocial** entre las partes en lo que concierne al nivel de información, conocimientos y dominio de la materia sobre la cual versa el contrato. De más está decir que, en ciertos casos, este desequilibrio es de tal magnitud que el receptor del servicio desempeña un papel absolutamente pasivo, sin posibilidad alguna de negociar o alterar las condiciones que se le proponen. Piénsese en el paciente enfrentado a un examen médico complejo, en una persona que contrata a un abogado para deducir un recurso judicial extraordinario, en un auditor contable encargado de analizar estados financieros de grupos empresariales, en informes de ingenieros de minas o geólogos de alta especialización, etcétera. Sin duda la contratación se desarrolla en un campo desigual y el contrato, por lo general, será impuesto por una de las partes. Lo anterior se ve magnificado en los contratos por adhesión o de contenido predispuesto. En suma, no existe libre discusión de las condiciones en que se contrata, sino más bien una imposición por parte de quien detenta mayor poder de información. No pueden descartarse, tampoco, situaciones extremas, en las cuales quien requiere el servicio profesional está absolutamente desprotegido por la naturaleza misma de los hechos. En tales casos, la contratación no sólo resulta sospechosa, sino fruto de estas circunstancias. Creemos que, atendida la gravedad de este tipo de contratación, el legislador debiera intervenir y establecer los mecanismos para restablecer un equilibrio mínimo en función de los intereses que asisten al receptor del servicio. Recordemos que de acuerdo a la legislación vigente un contrato celebrado en estas condiciones podría ser atacado por error o dolo (nunca por el vicio de fuerza), lo cual ciertamente resulta extremadamente difícil de acreditar.

b. El receptor de los servicios **desconoce los medios** que se utilizarán para alcanzar la "prestación", materia que queda totalmente entregada al profesional. Cada día este tipo de actividades es más sofisticado, en especial en aquellas áreas de las ciencias duras, particularmente influidas por la tecnología. Por lo mismo, el cliente no tiene posibilidad ninguna de examinar la idoneidad, procedencia y pertinencia del medio empleado, ni los peligros que puede representar, ni mucho menos sus eventuales resultados. De allí que esta contratación esté condicionada por un nivel sensible de confianza, que es, casi siempre, la

medida y razón del consentimiento. No puede dejar de mencionarse el hecho de que en la mayor parte de establecimientos sanitarios, tanto nacionales como extranjeros, se requiere hoy de una autorización expresa del cliente para practicar ciertos tratamientos o intervenciones. Con todo, esta autorización se concede sobre la base de la información y los antecedentes que proporciona el profesional. Como puede comprobarse, el margen que permite al receptor del servicio calificar la urgencia, gravedad, peligro y proyección del tratamiento es escaso, si no nulo.

c. Lo señalado confluye para dotar al proveedor de los servicios profesionales de una **influencia moral** determinante sobre su contraparte, derivada de la superioridad en que se encuentra y del reconocimiento que le presta el Estado a la calidad y profundidad de sus conocimientos y habilidades.

Ante esta realidad deberían operar, a nuestro juicio, los siguientes efectos jurídicos:

a. En la **interpretación del contrato** debe aplicarse el artículo 1566 inciso 2° del Código Civil, según el cual *"las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ello"*. Este principio se hace extensivo al contrato celebrado con el profesional en virtud de las razones antes expuestas (desequilibrio negocial, desconocimiento de los medios e influencia moral del proveedor de los servicios).

b. Si el contrato es por **adhesión** (lo que ocurre frecuentemente) o con **cláusulas predispuestas, o condiciones generales de contratación**, debe interpretarse contra aquel que dictó las disposiciones contractuales. Este principio está reconocido expresamente en la Ley sobre Protección de los Derechos del Consumidor (N° 19.496).

c. El **"deber de información"**, propio de la **fase precontractual** o de preparación (tratativas preeliminares), debe evaluarse especialmente. De este deber se sigue el alcance y sentido que tienen el contrato y su contenido. Impera en esta materia un **"principio de confianza"** que exige lealtad, honestidad y veracidad por parte de quien dicta las condiciones y domina los aspectos especializados de la relación contractual.

d. Especial aplicación tiene en este tipo de relaciones la **"buena fe contractual"** (generalmente estos servicios se prestan fuera de contratación, dando lugar a lo que los autores llaman "relaciones necesarias", "relaciones cuasicontractuales" o "relaciones forzosas").

d.1. Mosset Iturraspe sostiene que la buena fe actúa como **"interpretación integradora"** en cuanto "colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de la inferencia de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiera sido declarada y, además, introduce efectos contractuales no previstos por las partes"[2].

d.2. La buena fe se clasifica en **objetiva**: "comportamiento negocial honesto, probo, leal" ("buena fe-lealtad); y buena fe **subjetiva**: "respeto a la apariencia o creencia de una situación o relación jurídica" ("se caracteriza por la legitimación o el saneamiento de derecho, apunta a un estado de conciencia").

d.3. En Chile el **artículo 1546 del Código Civil** dispone que la buena fe es un elemento de integración contractual y el artículo 24 de interpretación formal.[3] El primero incorpora al contrato todo aquello que "emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella". Lo indicado implica integrar al contrato una serie de elementos que, incluso, como sucede con la costumbre, van evolucionando a medida que la comunidad se va desarrollando. El segundo constituye un recurso de clausura para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica que se quiere aplicar. Si el intérprete no puede establecer el sentido de la norma jurídica recurriendo a su estructura literal, ni a su intención o espíritu, ni a su historia fidedigna, ni a las relaciones que existen entre sus diversas partes o respecto de otras normas, especialmente si tratan sobre la misma materia, debe recurrirse a la equidad natural (la cual está fundada en un sentido intuitivo de justicia que es expresión genuina de la buena fe).

d.4. Para Andreas von Thur la buena fe *"es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra derecho"* (justificación del error). Para nosotros es *"la convicción, real o presunta, de que se obra conforme a derecho"*. Definición que desprendemos del **artículo 706 del Código Civil**. Quien obra de buena fe abriga la certeza de que no infringe el derecho, en razón de circunstancias externas que conducen razonablemente a esa conclusión. De aquí que el mencionado artículo 706 inciso 3° contenga un principio general al señalar: *"Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe"*.

d.5. La buena fe, entonces, desde una perspectiva subjetiva, puede calificarse como justificativa del error (artículo 706 del Código Civil) y desde una perspectiva objetiva impone al sujeto el deber de comportarse como lo haría quien obra conforme a derecho (1546 del Código Civil).

[2] Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Pág. 99.
[3] Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Pág. 113.

e. **Inversión de la prueba**. En el contrato sobre servicios profesionales –como en todo contrato– se procura alcanzar una "prestación" (un resultado), pero **se pone énfasis en el medio** (obrar diligente y cuidadoso para conseguirlo). **Como las partes de la convención destacan el medio (conducta) y no el fin (resultado), se ha entendido que no opera la presunción del artículo 1547 del Código Civil** (según la cual si no se alcanza a ejecutar la prestación, se presume el incumplimiento, esto es, que no se ha desplegado la conducta debida). Además, concurre el hecho de que la ley, al recocer la idoneidad profesional, **hace presumir que el profesional ha dado cumplimiento a la "*lex artis*" y no ha incurrido en una *mala praxis***. Más claro, al celebrarse el contrato las partes aluden con énfasis a la conducta que debe desplegar el deudor (la máxima diligencia, los mejores esfuerzos, el mayor cuidado, etcétera), pero, ciertamente, todo ello en función de alcanzar un resultado (sanar a un paciente, ganar un juicio, mejorar las perspectivas económicas de una empresa). Por lo tanto, en la obligación asumida por un profesional, la inversión del peso de la prueba **no altera la estructura esencial de la obligación**, la cual sigue siendo un "**deber de conducta típica**" que se despliega para lograr un cierto resultado. Pero sí que se altera el **onus probandi**, debiendo el acreedor (receptor del servicio), probar la falta de diligencia y cuidado cuando la prestación no se logra.

En síntesis, el contrato sobre servicios profesionales debe **interpretarse** a favor del cliente, tanto más en el contrato por adhesión o de cláusulas predispuestas o condiciones generales de contratación; el **deber de información** en la etapa de tratativas preeliminares, que pesa sobre el profesional, es más exigente; debe considerarse la "**buena fe**" en sus dos aspectos, tanto subjetiva como objetiva, vale decir, como justificativa del error y como elemento de integración contractual; y debe admitirse que opera una **inversión del peso la prueba**, debiendo el acreedor (receptor del servicio) acreditar que el profesional no ha empleado la debida diligencia y cuidado en el supuesto de no alcanzarse la "prestación". Todo lo anterior sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de la **culpa profesional**.

B. Responsabilidad extracontractual

Muchos servicios profesionales se prestan sin que medie un contrato, especialmente tratándose de los establecimientos sanitarios. Una serie de situaciones urgentes –en todo orden de actividades– impide a las partes convenir las condiciones en que se desarrollará la actividad del profesional. Piénsese en una persona que es conducida a un establecimiento sanitario en grave estado, debiendo ser tratada en forma inmediata, lo cual no da margen alguno a una negociación contractual.

De los cinco elementos que configuran este tipo de responsabilidad (hecho del hombre, antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación causal), surgen

problemas respecto de tres de ellos: la **autoría**, la **antijuridicidad** y el **factor de imputación**.

Autoría. Este elemento sólo puede presentarse en el campo de la **actividad propia de una determinada profesión y respecto de servicios prestados por quien detenta un título expedido por una universidad, un instituto profesional o un centro de formación profesional**. Si dicha actividad se realiza por quien no es profesional, se incurre en el delito de ejercicio ilegal de profesión titular y la responsabilidad se impone de acuerdo a las normas generales que regulan esta situación. Se trata, entonces, de una **"autoría reservada" o de una acción de "autoría forzosa"**. La sola existencia de un sector reservado, en el que sólo puede operar un cierto tipo de personas, evidencia la necesidad de conformar a su respecto un régimen jurídico especial.

Antijuridicidad. El profesional obra **contra derecho** (por ejemplo si éste ejerce estando suspendido por resolución judicial o habiendo obtenido su título fuera de Chile no lo ha revalidado o quebranta una disposición del Código de Ética de su organización gremial). En los casos señalados es posible alegar una causal de justificación, como el médico suspendido del ejercicio profesional que auxilia a una persona accidentada o de un abogado en el mismo caso que por un impulso irresistible asesora a la víctima de un delito, etcétera. **Debe agregarse el hecho de que se actúa contra derecho cuando se infringe un deber ético (deontología), lo cual está reconocido en la ley, como se analizará más adelante.**

Factor de imputación. Este es el elemento más importante y se proyecta a los dos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual). En nuestro sistema legal la responsabilidad está construida sobre una base subjetiva. Sólo se responde del hecho propio –como se explicó en lo precedente– y cuando ha habido por parte del infractor (dañador) culpa o dolo. Por ende, la imposición de responsabilidad requiere de un **juicio de reproche** que consiste en no haber empleado la diligencia y cuidado debidos en el cumplimiento de la obligación o haber inferido intencionalmente daño a otro. Para determinar el nivel de diligencia y cuidado debidos se recurre al grado de culpa de que se responde. Creemos nosotros que, mientras en el ámbito de la responsabilidad contractual, la culpa se gradúa (sea en atención a lo que las partes acuerdan o, en su defecto, al beneficio de reporta el contrato (artículo 1547 del Código Civil), distinguiéndose **culpa grave, leve y levísima**; en el ámbito extracontractual se responde de los **estándares generales aceptados en un momento determinado por la comunidad**. En consecuencia, en este último caso, los estándares generales de diligencia y cuidado van evolucionando de acuerdo con los niveles culturales de la población. Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, la culpa se aprecia **in abstracto**, vale decir, deberá construirse un "modelo" que recoja las características propias

del deudor y compararlo con la conducta que se trata de juzgar. Hasta aquí las líneas gruesas de los principios generales que informan la responsabilidad en nuestro derecho.

La culpa profesional, creemos nosotros, tiene rasgos particulares, que permiten darle una fisonomía propia en función de las especificidades que atribuimos a la actividad profesional. Puede definirse como ***"aquella en que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella impone; se trata de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad".***[4]

Como puede observarse, lo determinante radica en que el profesional debe cumplir **deberes especiales** impuestos por su profesión que exceden el deber de diligencia y cuidado ordinarios. Por lo tanto, el profesional está sujeto tanto a la diligencia y cuidado que corresponden a todo individuo en materia contractual o extracontractual y, además, al cumplimiento de deberes específicos que nacen del ejercicio de su profesión.

En otros términos, de la definición transcrita se infiere que los profesionales están sujetos a la **"culpa común"** –en lo que concierne a algunas de sus actividades– y a la **"culpa profesional"** en lo que dice relación con los conocimientos, habilidades, aptitudes y destrezas propias de su especialidad.

La culpa, en tanto deber de diligencia y cuidado, comprende tres comportamientos posibles: **negligencia, imprudencia** e **impericia**.

La **negligencia** consiste en una conducta omisiva, violatoria del comportamiento solícito, atento, sagaz, al cual falta el deber de adoptar las medidas de precaución habitualmente admitidas. El sujeto obra con desgano, despectivamente y sin esforzarse por prevenir las consecuencias malignas de sus actos. (Se deja de hacer lo que se debe hacer).

La **imprudencia** consiste en la ejecución de acciones indebidas, precipitadas o prematuras, falta de cautela o moderación, adopción de "opciones arriesgadas" (que aproximan a la víctima al daño). El sujeto sobrepasa los riesgos inherentes a toda actividad u obrar sin cuidar los peligros que normalmente encierra cualquier decisión o conducta humana. (Se hace más de lo que se debe hacer).

[4] Trigo Represas, F.A. "Responsabilidad civil de los profesionales". N° 1. Serie *Seguros de responsabilidad civil*. Tomo I. Pág. 27. Año 1978.

La **impericia**, finalmente, consiste en la incapacidad técnica y científica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. Se trata de las faltas a la *lex artis*. (Se realiza una *mala praxis*).[5]

Resulta fácil comprender que los deberes propios del profesional, aquellos que son inherentes a su condición, no están vinculados directamente ni a la **negligencia** ni a la **imprudencia**, toda vez que ello corresponde a la evaluación de la conducta que habitualmente debe desplegar cualquier persona, sea o no profesional, cuando se halla obligada a cumplir un contrato o responder del daño causado culposa o dolosamente en la vida social. En la inmensa mayoría de los contratos, ninguno de los participantes tiene un "deber de pericia", sea porque no están referidos a acciones que para ser ejecutadas requieren de una preparación especial o porque se trata de obligaciones de dar determinados bienes que se hallan en el comercio humano. Quien ejerce una actividad profesional responderá de la negligencia e imprudencia en que incurre, en los mismos términos que un particular en el desempeño de sus actividades ordinarias y según los padrones antes indicados. Pero no sucede lo mismo tratándose de la **impericia** o ausencia de conocimientos, habilidades, destrezas y técnicas propias de la profesión (*lex artis*), porque ello constituye el sello característico que habilita al profesional para desempeñarse excluyentemente en el área de la ciencia o arte que profesa. **La responsabilidad derivada del ejercicio de una profesión sólo puede vincularse a la pericia que se exige a su titular.** Sería injusto y absurdo vincularla a la negligencia e imprudencia, si se tiene en consideración el hecho de que ambos comportamientos tienen padrones comunes que son aplicables a todas las personas y que, por lo tanto, no cabe sobre este punto hacer una distinción arbitraria.

No es dable exigir al profesional, en lo que concierne a la negligencia e imprudencia en que incurre, un grado mayor de culpa de aquellos estándares máximos a que puede hallarse obligado un particular cualquiera. Pero, insistimos, no sucede lo mismo con la impericia, que, a juicio nuestro, debe juzgarse bajo otros parámetros por las numerosas circunstancias antes expuestas.

Para apreciar la responsabilidad que nace de la impericia, tratándose de un profesional, debe tenerse en consideración que **el Estado ha certificado su idoneidad** (su formación y estudios), y que de ello se sigue el monopolio consagrado en favor del profesional al reservársele una determinada actividad productiva. De la misma manera, ha sido el Estado quien, mediante expresión superior de su voluntad (ley), ha dispuesto que quienes requieran de ciertos servicios deben reclamarlos sólo de aquellas personas investidas de un título

[5] Estos conceptos los hemos extraído de la obra de Jorge Mosset Iturraspe, ya citada, aun cuando forman parte de la doctrina jurídica tradicional.

profesional. Reiteremos que, ante esta realidad, no es posible asimilar, sin reservas, la responsabilidad profesional a las normas de la responsabilidad común, porque se trata de conductas diferentes, en virtud de un mandato legal que debe acatarse.

No creemos posible vincular la responsabilidad profesional con las obligaciones de hacer o no hacer, excluyendo las obligaciones de dar. Lo anterior porque existen hipótesis en que la obligación del profesional puede consistir en transferir el dominio de una especie, sea de cuerpo cierto o de género.

V. Formulación del régimen jurídico de responsabilidad profesional

Siguiendo las pautas propuestas, cabe definir con precisión cuál es el régimen de responsabilidad profesional contemplado en nuestro sistema legal, a fin de asegurar la calidad de estos servicios y resguardar los intereses de la comunidad en materia tan sensible.

Los lineamientos centrales que proponemos son los siguientes:

a. En materia **contractual** pueden las partes fijar el grado de culpa de que responde el profesional, pero sería contrario al **orden público** limitar la responsabilidad en lo que dice relación con la **pericia** que se exige al profesional. Lo anterior está certificado por el Estado y, paralelamente, su desconocimiento pone en alto riesgo los fines que se persiguen al asegurar que dicha actividad sólo pueda ser ejercida por un número limitado de personas que aseguran un desempeño adecuado y conveniente. Recordemos que el inciso final del artículo 1547 del Código Civil, en materia contractual, permite que sean las partes las que definan el nivel de culpa de que responderá cada una de ellas. Sin embargo, tratándose de la responsabilidad profesional, dicha disposición se halla limitada por el orden público, impidiendo que pueda excusarse anticipadamente a un profesional de la falta de pericia. En otras palabras, carece de validez jurídica toda estipulación mediante la cual se exonera a un profesional anticipadamente de las faltas a la *lex artis*, excusándose, por consiguiente, la *mala praxis* en que éste incurra. No creemos posible, en esta materia, hacer distingos, por ejemplo, entre las prestaciones sanitarias y las prestaciones jurídicas, porque, si bien es cierto que se trata de actividades diversas, los profesionales están sujetos a las mismas disposiciones en lo que concierne a la pericia que se exige de ellos.

b. A nuestro juicio, aun cuando esto pueda parecer discutible, si las partes nada estipulan en el contrato, debe entenderse que el profesional responde de **culpa levísima** en lo tocante a la negligencia y la imprudencia. En otros términos, debe exigirse al profesional un cuidado extremo ("aquella esmerada diligencia

que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes", según se señala en el inciso 5° del artículo 44 del Código Civil) en el desempeño de sus funciones, pero siempre dentro de los límites del derecho común. Fundamos esta conclusión en la naturaleza especial de los servicios, en el desequilibrio en la información anterior al contrato, en la facultad del profesional para escoger los medios que emplea (los cuales casi nunca se informan adecuadamente al receptor del servicio), en el derecho del profesional para aceptar o rechazar el encargo y, cuestión esencial, en el monopolio de que goza todo profesional en el área de su especialidad.

c. Como ya se explicó, debe admitirse en este tipo de obligaciones la **inversión del *onus probandi***. Pero esto no implica admitir que la obligación asumida por un profesional carece de los componentes propios de toda obligación ("prestación" y "deber de conducta debida"). En consecuencia, el peso de la prueba del factor de imputación (dolo o culpa) recae sobre el acreedor cuando no se ha logrado la ejecución de la prestación. Esta circunstancia, fruto de la especial naturaleza de esta clase de obligaciones provenientes del ejercicio profesional, no significa desconocer que existe una prestación que debe alcanzarse desplegando la conducta debida, ni muchos menos que es admisible la distinción entre obligaciones "de medio" y obligaciones "de resultado". Toda obligación es de medio, a lo cual no se opone el hecho de que el peso de la prueba recaiga en uno u otro contratante.

d. Como es sabido, la culpa se aprecia subjetivamente, a través de un juicio *in abstracto*. Lo que diferencia la responsabilidad profesional de los tipos de responsabilidad común consiste en que **sólo en lo relativo a la impericia**, la culpa se aprecia **objetivamente** y debe darse por establecida por el hecho de incurrirse en un error de conocimientos, destrezas, habilidades o técnicas propios de la respectiva profesión. Por consiguiente, debe entenderse que se incurre en culpa por el hecho de faltar a la llamada *lex artis*, sin que asista al afectado el derecho de acreditar que ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Dicho de otra manera, hay culpa cuando el profesional incurre en cualquier error que implique desconocer aquello que debe dominar, carecer de las destrezas y habilidades que suponen la posesión del título o no dominar las técnicas inherentes a la actividad. Lo indicado nos conduce a reconocer que tratándose del ejercicio profesional hay un germen de **responsabilidad objetiva** (ausente de factor de atribución), pero sólo referido a la **impericia** (componente de la culpa), que se proyecta, como se verá en las páginas siguientes, a la relación de causalidad. En este aspecto, la responsabilidad profesional adquiere una fisonomía característica y propia.

e. En materia extracontractual el profesional responde del cuidado y diligencia que fijan los **estándares generales** sobre el comportamiento profesional predominante en la comunidad, pero responde, como se dijo, de cualquier

falta a los conocimientos y habilidades propios de la ciencia o arte que profesa (**pericia** certificada por el Estado). Como ya se explicó, mientras para establecer si se ha obrado con negligencia o imprudencia debe ello apreciarse subjetivamente, para configurar la impericia debe apreciarse objetivamente y darse por establecida la culpa por el solo hecho de faltar a los principios de la *lex artis*.

f. Por consiguiente, en lo relativo a la **negligencia** y la **imprudencia**, se aplican las normas generales sobre responsabilidad subjetiva en sus respectivas áreas (contractual y extracontractual), pero en lo concerniente a la **impericia** se responde **objetivamente** por el solo hecho de faltar a aquella capacidad certificada por el Estado y que determina el monopolio profesional.

Como puede apreciarse, la responsabilidad profesional difiere en aspectos fundamentales de la responsabilidad común, no pudiendo asimilarse, en todo sentido, el ejercicio de estas actividades a las reglas generales antes mencionadas. De aquí nuestra insistencia en configurar un estatuto propio, que sirva para armonizar las disposiciones especiales invocadas con las normas de derecho común.

VI. Fundamento y justificación de un régimen especial de la responsabilidad profesional

Para fundamentar la proposición que antecede es necesario atender a las siguientes razones, sin perjuicio de lo manifestado en el capítulo II de este trabajo:

a. El profesional tiene un **área de privilegio en la sociedad**, no sólo en lo concerniente al desarrollo de su actividad, sino también a su retribución. Hasta existe un procedimiento especial para los efectos del cobro de honorarios (artículo 680 N° 3 del Código de Procedimiento Civil). Creemos nosotros que esta circunstancia, que se evidencia claramente en nuestra legislación, como queda de manifiesto en las páginas anteriores, justifica elaborar un régimen especial de responsabilidad sólo referido a los profesionales. Por otra parte, esta materia tiene una importancia cada día mayor en la comunidad, debe considerarse de orden público y apunta a la realización del bien común. Desde la perspectiva de la responsabilidad, no pueden medirse con la misma vara las relaciones sociales comunes y corrientes sometidas al derecho común, y las relaciones profesionales que nacen de la contratación o prestación de este tipo especial de servicios.

b. El **"orden público"** está constituido por el conjunto de normas que conforman las bases esenciales en que se desenvuelve la vida social. **La responsabilidad profesional en la sociedad actual es una cuestión de "orden público**

económico". Este concepto, al decir de José Luis Cea Egaña, consiste en el *"conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución".*[6] No es exagerado sostener que vivimos en una sociedad profesionalizante, en la cual las actividades productivas son cada vez más tecnificadas, y en que cada área del conocimiento invade un mayor espacio. Todo hace suponer que en la sociedad del mañana esta tendencia se acentuará y que serán cada día menos frecuentes los trabajos no especializados.

c. En materia contractual el "orden público" está recogido en nuestra ley **respecto del objeto** en el artículo 1461 inciso 3° del Código Civil, **respecto de la causa** en el artículo 1467 inciso 2° del mismo Código, **respecto de la voluntad en el artículo 1445**; en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es indudable que todo el Título 35 del Libro IV del Código Civil "De los delitos y cuasidelitos", está constituido por normas de "orden público". Lo que queremos destacar es el hecho que el "orden público" está presente en el derecho contractual común y, con mayor razón, en el derecho que regula las relaciones profesionales.

d. **El régimen jurídico de la responsabilidad profesional, por consiguiente, es una materia de "orden público" que debe interpretarse conforme a las bases generales de la institucionalidad en la materia.**

e. No puede omitirse el hecho de que conforme lo dispone el Decreto Ley N° 3.621 de 1981 los profesionales pueden ser **sancionados por los Tribunales Ordinarios de Justicia por infracción de las normas éticas que regulan la respectiva profesión**. Lo anterior se encuentra confirmado por lo previsto en la reforma constitucional del año 2005, que modificó el artículo 19 N° 16 inciso 4°, relativo a la "libertad de trabajo y su protección". Dicha disposición quedó redactada en la siguiente forma: *"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.* ***La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.*** *Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros, Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva.* ***Los profesionales no***

[6] José Luis Cea Egaña. *Derecho Constitucional Chileno.* Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 463.

asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley". Como la norma constitucional transcrita se remite, respecto de los profesionales no asociados a sus respectivos colegios profesionales, a los "tribunales especiales establecidos en la ley", la vigésima disposición constitucional transitoria señala: ***"En tanto no se creen los tribunales especiales a que alude el párrafo cuarto del numeral 16 del Artículo 19, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios".*** Nosotros entendemos que estas normas tiene un alcance muy especial. Desde luego, confían a la ley la tarea de determinar qué profesiones requieren grado o título universitario. Encomienda a los colegios profesionales conocer de las reclamaciones que se deduzcan sobre el comportamiento ético de sus miembros, de lo cual se deduce que puede hacerse valer ante ellos la responsabilidad profesional. Finalmente, mientras no se creen los "tribunales especiales" que juzgarán la conducta ética de los profesionales no afiliados a colegios profesionales, esta materia será conocida por los tribunales ordinarios. Este estatuto constitucional configura un nuevo rasgo característico de la responsabilidad profesional, toda vez que ella comprende no sólo los deberes específicos impuestos en la ley o el contrato, sino los deberes éticos que, de esta manera, operan del mismo modo que los propiamente legales. Más aún, todos ellos pueden ser sancionados por los tribunales ordinarios de justicia, ante los cuales pude accionarse en procura de una reparación indemnizatoria. No faltan quienes piensan que la competencia de los tribunales ordinarios de justicia se limita a la aplicación de sanciones éticas (amonestaciones, censuras, suspensión del ejercicio profesional, cancelación del título). Sin embargo, ello carece de asidero, toda vez que nada impide demandar la reparación de los perjuicios experimentados por la víctima de la infracción ética, cuando ella es la causa del daño producido. La culpa profesional que se invoca –en cualquiera de sus fases– puede ser el fundamento de la obligación reparatoria. Del mismo modo, forzoso resulta reconocer que los llamados códigos de ética profesional –que emanan de los respectivos colegios– son obligatorios para todos quienes poseen ese título profesional, formen o no formen parte de este organismo.

f. Finalmente, la sociedad del conocimiento y la información, pretensión de todos los países que aspiran al desarrollo, exige reforzar las normas sobre responsabilidad profesional, por cuanto es este grupo el que más influye en la dirección de la sociedad. No puede menospreciarse el hecho de que a corto plazo la mayor parte de las actividades sociales de más trascendencia estarán a cargo de profesionales, y que el aumento de estos últimos incrementará la competencia y, lo que es ineludible, las infracciones a la deontología. Lamentablemente, la competencia en el campo profesional trae consigo la relajación de los deberes éticos, generando daños que no pueden quedar impunes.

VII. Descomposición de la culpa

Se nos plantea el problema de saber si es posible descomponer la culpa en los diversos tipos de conductas impugnables (**negligencia, imprudencia e impericia**), o si es éste un concepto unitario e indivisible que no admite desmembramientos. La cuestión que planteamos cobra importancia si se tiene en consideración que los servicios profesionales están compuestos por conductas especiales, **específicamente profesionales**, y **conductas ordinarias**, propias de la actividad común de cualquier agente. Así, por ejemplo, la puntualidad, la deferencia, la buena comunicación, etcétera, caen en lo que es propio de toda persona que presta un servicio a otro. Pero no puede decirse lo mismo de la ejecución de actos propios del ejercicio profesional, como una intervención quirúrgica, la redacción de un contrato, el cálculo de resistencia de un edificio, un tratamiento odontológico, etcétera. Tratándose de "**conductas de ordinarias**" no cabe distinguir entre los diversos deberes exigibles al agente, pudiendo la culpa apreciarse unitariamente y bajo un mismo padrón (construcción del modelo comparable). A la inversa, tratándose de "**conductas específicamente profesionales**", es imperativo descomponer la culpa, ya que la negligencia y la imprudencia deben mediarse conforme los parámetros generales de las "conductas ordinarias", en tanto la **impericia** tiene un padrón propio que nace de la garantía dada por el Estado respecto de quien ejerce una profesión titular. No cabe, a juicio nuestro, entrar a justificar la impericia, si ésta importa la infracción de un deber que cae en la órbita de los conocimientos garantizados por el Estado a través del otorgamiento del respectivo título profesional. Un ejemplo aclarará lo que se señala. Si un abogado se retrasa y debido a ello no puede comparecer a estrados judiciales en defensa de su cliente, ciertamente cabe medir las razones que obstruyeron la prestación del servicio, pudiendo justificársele atendidas las razones que se aduzcan al respecto (un accidente, un caso fortuito, un error excusable). Pero este mismo abogado no puede ser justificado si, en lugar de deducir un recurso de apelación o de casación en la forma en contra de una sentencia de primera instancia pronunciada en juicio ordinario, deduce un recurso de casación en el fondo o de revisión. En este supuesto no cabe justificación, porque el Estado ha garantizado la capacidad profesional en un área específica, la cual el receptor del servicio presume que existe.

Creemos nosotros, en consecuencia, que no hay inconveniente en **precisar los deberes y, consecuentemente, las conductas infraccionales que se desprenden de la diligencia, la prudencia y la pericia** exigibles a un sujeto de derecho (profesional) para el cumplimiento de una obligación preexistente. No puede medirse de la misma manera la negligencia, la imprudencia y la impericia, cuando, como se explicó, respecto de esta última, hay normas especiales y una garantía general del Estado. El profesional puede incurrir en "**negligencia**", respecto de actos habituales propios de cualquier individuo

(retrasarse, extraviarse, olvidar una entrevista). En cuyo caso se le aplicarán las normas generales, atendiendo al grado de culpa de que responde. Lo propio ocurrirá en caso de **"imprudencia"**, ya que el criterio o templanza de una persona no es objeto de certificación o garantía por parte del Estado. Más difícil es calificar una conducta negligente o imprudente, cuando se trata de ejecutar un deber profesional, ya que podría postularse una asimilación entre ambas cosas. Pero, como quiera que se aprecie esta cuestión, tratándose de la **impericia** la conclusión es inevitablemente diversa. En esta hipótesis, existiendo un deber de garantía y la certificación dada por el Estado, deberá apreciarse **objetivamente** la desviación de la conducta, como se explicó en lo precedente. El deber de obrar conforme la *lex artis* y de no incurrir en una *mala praxis*, es lo que caracteriza con más fuerza la actividad profesional.

No vemos, por lo señalado, inconveniente alguno en diseccionar la culpa, formulando la distinción que proponemos, a fin de hacer efectiva la responsabilidad profesional.

VIII. Responsabilidad del equipo profesional

Una de las cuestiones más difíciles de resolver, tratándose de la responsabilidad, dice relación con los "equipos profesionales", cada día más importantes. La complejidad de este tipo actividad hace necesario, frecuentemente, acudir a especialistas que aporten sus conocimientos y habilidades para asegurar un buen servicio. El **"trabajo en equipo"** es actualmente una de las exigencias más recurrentes, atendido el avance de la ciencia y de la tecnología. En este momento, resulta inconcebible una tarea profesional solitaria, ajena a conocimientos complementarios, sin los cuales no parece posible enfrentar tareas de alta complejidad. Un médico sólo puede diagnosticar una enfermedad cuando ha sopesado los resultados de numerosos exámenes; un abogado, a la hora de redactar un contrato, está obligado consultar a un especialista tributario si éste contiene estipulaciones difíciles de interpretar; un proyecto de ingeniería sólo es factible en la medida que cumpla las exigencias de las normas sobre medio ambiente; etcétera. ¿Cómo resolver el problema relativo a la responsabilidad en estos casos? ¿Cómo evitar que ella se diluya entre quienes intervienen al proveer estos servicios o se concentre injustamente sólo en algunos de los profesionales que intervienen en la prestación de estos servicios? Los autores recurren a sutiles distinciones en busca de respuestas coherentes. Un autor se pregunta "¿Cómo debe regularse la responsabilidad de quienes actúan colectivamente? Un grupo de médicos, de abogados, de periodistas se reúne para prestar un servicio a terceros. Una tendencia es ubicar un líder del grupo y hacerlo responsable por el hecho de los demás, como sucede con la *doctrina* del 'capitán del barco' utilizada en el derecho anglosajón. La responsabilidad individual y refleja. Otra posibilidad es imputar al grupo, señalando que hay

una responsabilidad colectiva. Una tercera, que proponemos, es hacer distingos entre grupos de riesgo y prestacionales y, en estos últimos, imputar según el régimen de los contratos asociativos"[7] Otros autores han sostenido que la responsabilidad de equipo puede juzgarse desde la perspectiva de la "responsabilidad por hecho ajeno aplicada a los actos profesionales" o como un tipo especial de "responsabilidad compartida".[8] A propósito de la responsabilidad del abogado, otro autor distingue aquellos que "ejercen la profesión en relación de dependencia", aquellos que "prestan servicios para un estudio jurídico" y aquellos que "prestan servicios en forma asociativa".[9] Como puede apreciarse, las ideas giran, por así decirlo, sobre los mismos ejes, sin un aporte significativo y novedoso.

Ante este desafío se hace necesario fijar algunos criterios generales susceptibles de aplicarse como regla general, dando unidad y coherencia a las diversas

[7] Lorenzetti, R.M. *La empresa médica.* Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1998. Pág. 268. Citado por Jorge Mosset Iturraspe en Tomo IV de *Responsabilidad por daños*. Tomo IV.

[8] Enrique Paillas Peña, en su obra *Responsabilidad Médica*, Editorial Jurídica Conosur, año 1995, planea que es posible aplicar, tratándose de actividad médica, la responsabilidad por hecho ajeno. Señala a este respecto que "Sucede con frecuencia que el deudor no ejecuta solo su obligación contractual; suele confiar la totalidad o parte de la ejecución a quienes actúan en su nombre. En tal caso la responsabilidad en que incurre el deudor por un incumplimiento defectuoso será necesariamente una responsabilidad por el hecho ajeno. No podría dejar de aceptarse esta carga, pues, de otro modo, habría el peligro de que el deudor se desligase de su obligación confiando la ejecución a otro. La jurisprudencia aplicó esta doctrina especialmente en el caso de la responsabilidad médica por los hechos de los participantes del equipo médico; también ha sido aplicada en relación con la responsabilidad del empresario o jefe de empresa por el hecho de sus subordinados, y en otros casos". A propósito de la responsabilidad compartida expresa: "Pero, avanzando en este terreno, la jurisprudencia ha advertido que es muy artificial y sutil este tratamiento que se da a los casos señalados (actividad del equipo médico), según si el paciente contrató o no servicios del anestesista, pues frecuentemente ocurre que el enfermo no celebra un contrato con cada uno de los profesionales que van a atenderlo; en una operación es el cirujano quien busca los servicios del anestesista y demás personal. El enfermo se pone en comunicación con él por intermedio de su médico tratante; interviene un contrato verbal y las condiciones las pone el galeno y el enfermo las acepta". Luego de citar varias sentencias pronunciadas sobre esta materia por tribunales franceses, concluye este autor manifestado que "Como resulta de esas decisiones, hay un deber conjunto en la labor de equipo en que cada profesional desarrolla su propia tarea, pero sin perder de vista la unidad del grupo, que está movido por un mismo propósito de buscar la salud y el restablecimiento". Como puede constatarse, se trata de una aproximación al problema desde una perspectiva contractual, sin aportar ideas o fundamentos diversos de aquellos que nacen de una jurisprudencia más bien casuística.

[9] Sara M. Wierzba, en su obra *Responsabilidad del abogado*, Editorial Hammurabi, Año 2006, Buenos Aires, expone que el abogado que ejerce su profesión en relación de dependencia "agrega un obligado concurrente a la reparación del daño irrogado: el letrado responderá por su negligencia y el empleador lo hará en forma objetiva, generalmente con fundamento en la responsabilidad por el hecho del dependiente, o bien –si el empleador es un organismo público– en lo dispuesto en el artículo 112 del Código Civil (argentino)". El abogado que presta servicios para un estudio jurídico, la responsabilidad recae en el "abogado a cargo de la dirección del proceso (quien) responderá sobre la base de un factor de atribución subjetivo, ante la deficiente atención del caso que le fuera asignado por el estudio. Pero, a su vez, dado que quien se obliga con el cliente es el estudio jurídico, que necesita para cumplir sus objetivos del concurso de profesionales que desarrollen el plan de prestación comprometido, tal estudio también resultará indistintamente responsable. Finalmente, el abogado que presta servicios en forma asociativa sin que exista subordinación de unos letrados a otros, ni la participación en la atención de clientes y/o en ganancia, se incurrirá en responsabilidad simple conjunta entre quienes intervienen en la asociación.

situaciones que pueden presentarse. Los criterios que se proponen deben ser aplicados tanto cuando no se celebra un contrato de prestación de servicios (ámbito de la responsabilidad extracontractual), como cuando, habiéndose éste celebrado, no se regula en la convención claramente lo relativo a la responsabilidad que afecta a una u otra parte. Como es obvio, en el supuesto de que exista contrato y que en el mismo se convenga lo concerniente a la responsabilidad que asume el profesional, salvo que se trate de cláusulas ilegales, deberá seguirse estrictamente aquello convenido. Lo preponderante, por lo tanto, es la voluntad e intención de los contratantes (cuando los hay), sin que ello implique lesionar normas de orden público o prohibiciones legales. Así, por ejemplo, creemos nosotros, como ya se señaló, que no es posible excusar la impericia, ni bajar el umbral de la diligencia y la prudencia más allá del dolo o la culpa grave. La cuestión, como se advierte, dice relación con la regulación de la impericia, materia que, a juicio nuestro, no admite regulación contractual tratándose de profesiones titulares. Es aquí, precisamente, en donde reside lo característico y singular de la responsabilidad que afecta a los profesionales.

Los criterios generales que proponemos para determinar la responsabilidad de los equipos profesionales son los siguientes:

i. La cuestión primordial pasa por la forma en que se halla constituido el grupo o equipo profesional. Es indudable que los equipos profesionales suelen organizarse de muy diferente forma. En efecto, puede tratarse de un conjunto de profesionales que ***actúa separada e independientemente para la prestación de servicios divisibles*** (como si varios profesionales comparten un mismo despacho, consulta, clínica o laboratorio, pero unos dedicados a una especialidad y otros a especialidades diferentes). Puede suceder que estas especialidades sean complementarias, pero no conduzcan a un servicio indivisible. ***En estos casos, cada profesional responderá separadamente por sus propios actos***. Lo anterior, porque los servicios que se prestan, si bien pueden encontrarse conectados, no tienen necesariamente el mismo fin (el uno indagará cómo funcionan ciertos órganos, o cuáles son los índices y antecedentes clínicos, por ejemplo, en tanto el otro realizará un diagnóstico y recetará un tratamiento). Nótese que la responsabilidad será individual a condición de que intervengan dos o más profesionales independientes; que se ejecuten servicios complementarios; y que cada uno de ellos pueda subsistir en forma separada. La situación que describimos, por otra parte, permite brindar amparo al receptor del servicio, ya que es perfectamente posible individualizar causalmente al profesional autor del daño que deberá repararse.

ii. Si, por el contrario, todos los profesionales trabajan como integrantes de un mismo equipo, bajo el alero, por ejemplo, de una sociedad de profesionales u otra figura jurídica equivalente, la responsabilidad será compartida. En estos casos, así se trate de servicios que pueden prestarse separadamente y tengan

carácter divisible, la responsabilidad recaerá en todos y cada uno de sus integrantes del equipo (atendiendo a la forma en que se hallen organizados) y, eventualmente, en forma solidaria, en aquel que realizó la *mala praxis*. En esta hipótesis, será indiferente la naturaleza del servicio, ya que éste se reputa ejecutado por el equipo, comprometiendo la responsabilidad de todos los integrantes del mismo y, por cierto, del profesional que incurrió en la infracción o *lex artis*, si fuere posible identificarlo. La misma solución debe plantearse en caso que se trate de un servicio *indivisible* que no puede ejecutarse sino con la contribución directa de quienes integran el "equipo".

iii. La forma jurídica en que se encuentren organizados los profesionales determinará el alcance de la responsabilidad de cada cual. Si se trata de una organización informal (sin que medie una persona jurídica, como sucede cuando existe una sociedad de profesionales, una sociedad de responsabilidad limitada u otra estructura análoga), la responsabilidad será **simplemente conjunta** y la de quienes incurrieron en una ***mala praxis***, si fuere posible determinarlo, será **solidaria** (artículo 2317 del Código Civil). Si existe una estructura jurídica formal, la responsabilidad recaerá en entidad con personalidad jurídica, pudiendo accionarse, además, contra quienes causaron con su hecho o culpa el daño. Lo que se señala se funda en el hecho de que los servicios prestados por una sociedad o entidad con personalidad jurídica (corporación, fundación, sindicato, etcétera), comprometen la responsabilidad de la entidad (por lo tanto afectan los intereses de quienes la integran), pero ello no se opone a perseguir la responsabilidad de quien o quienes causalmente provocan el daño, caso en el cual corresponde aplicar el artículo 2317 del Código Civil y hacer a los autores del daño solidariamente responsables.

El fundamento de estos criterios se halla en la naturaleza de la ***oferta profesional***. Puede ésta ser formulada por un profesional o por una entidad o un grupo de profesionales, siendo diferente las consecuencias que se siguen para los efectos de su eventual responsabilidad. Lo que se señala apunta a la protección de quienes demandan los servicios profesionales, ya que nos parece de toda evidencia que sobre esta materia ha de primar aquello que se ofrece a quien demanda la prestación del servicio.

En suma, los criterios indicados en lo precedente para establecer sobre quién recae la responsabilidad tratándose de un "equipo profesional", se traducen en reglas bien precisas que, si bien pueden no cubrir todas las hipótesis posibles, contribuyen a forjar una teoría general sobre la materia. A fin de concretar estas ideas indicaremos, a continuación, las bases a que debe atenderse para determinar la responsabilidad de quienes integran un "equipo profesional".

1. En primer lugar, debe atenderse a la forma en que se prestan los servicios, pudiendo ser éstos **institucionales** (cuando ofrece realizarlos una entidad

que se funda en una actividad compartida) o **informales** (cuando se ofrece ejecutarlos un profesional independiente aun cuando comparta dependencias con otros profesionales). Si el servicio que provoca el daño es "institucional", responderá la organización respectiva (sociedad, asociación, clínica, corporación, etcétera). Si el servicio que provoca el daño es "informal" responderá quien causa el perjuicio.

2. En segundo lugar, debe atenderse a la oferta pública del servicio. Por consiguiente, distinguirse entre **servicios colectivos** (que comprometen la actividad de un grupo de profesionales), o **servicios individuales** (que pueden prestarse separadamente por cada profesional que interviene). Si los servicios que provocan el daño son "colectivos", porque deben prestarse conjuntamente, responderán todos los que participan en ellos. Si los servicios que provocan el daño son "individuales", responderá quien ejecuta la prestación dañosa.

3. En tercer lugar, debe distinguirse entre **servicios indivisibles** (en los cuales no pueden separarse las diversas actividades que los componen) y **servicios divisibles** (en los cuales es posible desempeñarse separadamente por parte de cada profesional que interviene). Si los servicios son "indivisibles", los daños que provoquen comprometen la responsabilidad de todos quienes intervienen en ellos. Si los servicios son "divisibles", los daños que se provoquen deben imputarse a aquel que los causó sin afectar a los demás profesionales.

Las reglas enunciadas operan preferentemente en el campo de la responsabilidad extracontractual, ya que, en el supuesto de que exista una convención entre profesional y cliente, deberá estarse a ella con las limitaciones que examinaremos más adelante.

No se nos escapa el hecho de que algunas profesiones obligan a la prestación de servicios que involucran a varios profesionales. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con las atenciones sanitarias. No parece posible, en este sentido, que pueda ejecutarse una intervención quirúrgica aisladamente por un médico, asumiendo éste todos los roles que es posible distinguir. Necesariamente intervendrá en ella un establecimiento sanitario y un equipo profesional dependiente o independiente del primero. Pero bien se puede, atendiendo a la vinculación contractual que exista entre los profesionales y el establecimiento, determinar la responsabilidad del "equipo" y la responsabilidad del "establecimiento". Asimismo, si el equipo está integrado por diversas personas que ejecutan actividades divisibles (cirujano, anestesista, arsenalera), es posible también representarse cada acción separadamente e imputar responsabilidad sólo al autor del daño. Otra hipótesis a considerar es la responsabilidad del **"establecimiento sanitario"** y la **"responsabilidad del equipo profesional"**. Si el daño causalmente lo provoca el establecimiento (por ejemplo envenenamiento de un paciente por la alimentación suministrada), la responsabilidad recaerá exclusivamente

en el "establecimiento". A la inversa, si el "equipo profesional", que no es dependiente del "establecimiento", causa el daño, la responsabilidad recaerá sólo en sus integrantes. Finalmente, si el "equipo profesional" es dependiente del "establecimiento", la responsabilidad recaerá en este último sin perjuicio de la responsabilidad que pesará sobre los autores del daño, según ha quedado dicho.

Como puede apreciarse, existen muchas hipótesis posibles, lo que ha significado que esta materia sea tratada con un criterio casuístico difícil de sistematizar. Lo anterior muy especialmente en el área sanitaria, que es donde más se ha hecho valer la responsabilidad profesional.

IX. Cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad

Son cada día más frecuentes los pactos sobre cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad. Aquellas relativas a la responsabilidad profesional tienen algunos rasgos especiales y no pueden homologarse a las se celebran en el campo de la responsabilidad extracontractual.[10]

1. Cláusulas ineficaces

Desde luego, excluimos de plano las siguientes estipulaciones o cláusulas de irresponsabilidad:

i. Cuando aludimos a "cláusula de irresponsabilidad" nos referimos a los pactos en que concurre la voluntad de ambas partes (tanto del que presta el servicio como del que lo recibe). No tienen este carácter aquellas que impone el proveedor del servicio unilateralmente por medio de un aviso, un letrero o cualquier otra manifestación semejante. Ese tipo de reserva carece de toda significación jurídica y debe entenderse que no existe.

ii. Lo propio ocurre con aquellas cláusula limitativas de responsabilidad cuando ellas son obtenidas en **"situación de crítica necesidad"** por parte de quien recibirá el servicio. Este concepto implica que la cláusula ha sido extendida sin posibilidad ninguna de deliberación consciente y reflexiva, o bien, tan apremiado por las circunstancias que no cabía resistencia a la imposición hecha por el profesional.

iii. La misma solución debe darse a las cláusulas limitativas de responsabilidad que, por la complejidad y especialización de su contenido, no permiten al

[10] En nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual* abordamos este tema en el Capítulo IV. Sin embargo, la responsabilidad profesional presenta rasgos propios que se divorcian de la teoría general.

receptor del servicio medir su trascendencia y alcance. Lo que se menciona es más frecuente de lo que se cree, por cuanto el desequilibrio informativo de las partes es de tal envergadura que siempre primará el conocimiento de una por sobre la ignorancia de la otra. Para que una cláusula de limitación de responsabilidad pueda ser invocada en este supuesto, sería necesario acreditar una completa y cabal información por parte del quien recibe el servicio.

iv. De la misma manera, será inexistente la cláusula que exonera al profesional de toda responsabilidad, cualquiera que sea su comportamiento o que limite el deber de pericia que le impone su título. En el primer caso (exoneración general de responsabilidad), no creemos posible interpretar el contenido de la estipulación indicada en el sentido que ella exime al profesional de culpa leve o levísima, dejando subsistente la culpa grave y el dolo. Como ya se indicó, más allá de lo previsto en el artículo 1465 del Código Civil, es de la esencia de la responsabilidad profesional, atendida la naturaleza de las obligaciones que ella impone, un cuidado extremo (culpa levísima), cuestión que no queda a merced de la voluntad de las partes. Asimismo, no es posible excusar la impericia que, como tantas veces hemos repetido, está garantizada por el Estado a través del otorgamiento del título profesional.

v. Finalmente, tampoco atribuimos valor a la cláusula de limitación selectiva de responsabilidad, como si, por ejemplo, un abogado encargado de la defensa de un pleito es exonerado de responsabilidad respecto de lo actuado ante la Corte de Apelaciones o ante la Corte Suprema exclusivamente. La responsabilidad profesional, en relación a un mismo caso, no puede fraccionarse, pero bien puede limitarse el servicio (como si se encarga a abogado la defensa de un juicio sólo en primera instancia).

Los casos propuestos, ciertamente extremos, sirven, creemos nosotros, para sistematizar esta materia.

2. Cláusulas anulables

Las cláusulas anulables, siguiendo lo aseverado a propósito de la responsabilidad extracontractual, serían las siguientes:

1. Aquellas que eximen o atenúan la responsabilidad de un profesional autor de un daño cuando éste proviene de dolo o culpa. Lo primero (exención de responsabilidad por dolo o culpa) no requiere explicación en presencia de los artículos 44 inciso 1° y 1465 del Código Civil. Lo segundo (atenuación de responsabilidad) es consecuencia de que los profesionales responden, por la naturaleza de los servicios que prestan, de todo tipo de culpa (en materia civil hasta de culpa levísima y en materia extracontractual conforme los estándares generales). Por consiguiente, la diligencia y cuidado impuestos al profesional que

actúa como tal, es siempre inalterable e imperativa, no quedando ella sujeta a la disposición de las partes. Por cierto, ello no se opone a que la víctima del daño renuncie al derecho de reparación una vez que el daño se haya consumado.

2. Son igualmente nulas las cláusulas que eximen o atenúan la responsabilidad profesional cuando el daño recae en la persona física de la víctima. Nadie puede disponer de su persona, sino en los casos expresamente establecidos en la ley, como sucede, por ejemplo, tratándose de la donación de órganos o tejido orgánico. Por lo mismo, nadie puede excusar anticipadamente los daños que la persona pudiera sufrir en su integridad corporal o en su salud.

3. Son anulables las cláusulas de exención o atenuación de responsabilidad, por daño causado sobre las cosas, siempre que exista en alguna medida culpa del profesional (recordemos que éste responde de culpa levísima en el ámbito contractual y de los estándares generales en el campo de la responsabilidad extracontractual). Esta hipótesis podría darse en el evento de que un arquitecto sea exonerado de responsabilidad en caso que la casa que se construye bajo su dirección se derrumbe por efecto de una mala praxis que le sea imputable.

4. Son igualmente anulables las cláusulas que alteran el grado de diligencia y cuidado que se impone al profesional, como ocurriría si en lugar de responder de culpa levísima, se conviniera en que sólo se responderá de culpa grave o de culpa leve.

5. Es anulable cualquier cláusula que atenúe o limite la responsabilidad del profesional en razón de falta de un cierto grado de pericia, así el daño recaiga en la persona o en las cosas. Tal ocurriría, por ejemplo, si un abogado es exonerado o se limita su responsabilidad en la defensa de un juicio criminal por los errores que cometa al demandar una reparación civil.

3. Excepciones legales

Réstanos precisar qué ocurre con las excepciones que la ley común consagra en favor de ciertas personas responsables del hecho ajeno. Como hemos sostenido invariablemente, la responsabilidad deriva siempre del hecho propio y nunca del hecho ajeno.[11] Lo que ocurre es distinto. En aquellos casos en que parece asumirse las consecuencias de la conducta de un tercero, en verdad se

[11] Véase a este respecto nuestro artículo sobre "Responsabilidad Extracontractual Colectiva", publicado en la Revista "Actualidad Jurídica" N°21, enero de 2010. En dicho artículo se demuestra que quienes parecen responder del hecho ajeno en verdad responden del hecho propio. En estos casos la responsabilidad se funda en la infracción al deber de cuidado que pesa sobre los padres, los tutores y curadores, los jefes de colegios y escuelas, los empresarios y los empleadores (artículos 2320 y 2322 del *Código Civil*).

impone responsabilidad por el hecho de haberse faltado al deber de cuidado que asigna la ley a ciertas personas en razón de la posición de dependencia en que se encuentra el dañador. No se responde entonces del hecho ajeno, sino de la falta de diligencia y cuidado respecto de la conducta desplegada por quien provoca el daño.

¿Qué ocurre, entonces, si el profesional que incumple sus deberes es dependiente del Estado, de una sociedad o de una empresa? ¿Es dable al empleador probar que el daño provocado por el profesional dependiente en el "ejercicio de sus respectivas funciones" deriva de que se "han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente", como reza el artículo 2322 inciso final?

Para dar respuesta a estas interrogantes es necesario distinguir según se trate de la responsabilidad **extracontractual** o de la responsabilidad **contractual.**

En el primer supuesto (responsabilidad extracontractual) no nos merece duda que, probándose que no se ha infringido el deber de cuidado impuesto en la ley, el tercero civilmente responsable está exento de responsabilidad, así sea que se haya obrado con negligencia, imprudencia o impericia por parte del profesional sujeto a un vínculo de dependencia. Para arribar a esta conclusión es necesario considerar las siguientes razones:

En primer lugar, no puede imputarse al empleador responsabilidad si éste se hallaba absolutamente impedido de prever y evitar el daño. Como se dijo, el empleador responde en virtud de su deber de cuidado, pero si el daño se produce por hechos que escapan al límite de sus facultades y atribuciones de vigilancia, no puede exigírsele un comportamiento que resulta imposible (*impossibilium nulla obligatio est*).

En segundo lugar, la excepción contemplada en la ley puede deducirse en cualquier caso cuando se trata de hacer valer la responsabilidad extracontractual, sin que interese la naturaleza del hecho del cual proviene el daño. De lo expuesto se desprende que cualquier hecho doloso o culpable que causa daño genera, en principio, el deber de indemnizar (artículo 2329 del Código Civil).

En tercer lugar, sólo cabe dirigirse contra el tercero civilmente responsable siempre que el dependiente haya incurrido en un ilícito (delito o cuasidelito civil). En esta fase influirá la naturaleza de la obligación incumplida y podrá reclamarse, por ejemplo, la calificación objetiva del deber de pericia que pesa sobre toda profesión titular. Establecida, de acuerdo a las reglas antes enunciadas, la responsabilidad civil del autor del daño, puede procederse contra el tercero en razón de la dependencia antes comentada.

En cuarto lugar, privar de la excepción analizada a una persona natural o jurídica, en virtud de que el autor del daño prestaba servicios profesionales que, como se dijo, están sujetos a un régimen especial, implicaría una discriminación inaceptable a la luz de los principios que se derivan de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

En quinto lugar, finalmente, habría que considerar que el tercero civilmente responsable no ha incumplido obligación alguna, puesto que ejerció las tareas de supervisión y control del dependiente hasta el límite permitido en la ley, no estando obligado a más. Bien entendida la mal llamada responsabilidad por hecho ajeno (puesto que se trata de casos de responsabilidad por hecho propio), deberá llegarse a la conclusión de que el deber asumido por el empleador consiste, como se dijo, en ejercer una función de supervisión y control respecto de las funciones que son propias de aquellas tareas que debe ejecutar el dependiente.

Analicemos, ahora, los casos de responsabilidad **contractual**, esto es, cuando entre el dependiente (proveedor del servicio) y la víctima del daño (receptor del servicio) existe un vínculo contractual directo o indirecto (a través del empleador). En esta hipótesis no le es permitido al empleador (tercero civilmente responsable) alegar que con la autoridad competente y cuidado ordinario no pudo impedir el hecho. Acreditado que sea el incumplimiento doloso o culpable, nacerá la obligación de indemnizar, pudiendo el dañado dirigirse, como ya se señaló, contra el empleador y/o contra el autor del daño, sin perjuicio, por cierto, de las prestaciones que se deban entre ambos. Así, por vía de ejemplo, si un abogado que forma parte de una sociedad, incurre en responsabilidad profesional, la víctima podrá actuar contra el profesional (persona natural) y contra la sociedad (persona jurídica), sin que esta última pueda excepcionarse alegando que le fue imposible evitar el hecho con la autoridad y cuidado que prescribe la ley. Lo propio puede decirse de un establecimiento sanitario o una dependencia pública. La razón más poderosa que puede esgrimirse para sostener esta solución radica en el hecho de que la excepción comentada –contenida en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil– sólo opera en el estatuto de la responsabilidad extracontractual, no así en la responsabilidad contractual.

Recordemos, además, que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual puede alegarse la "compensación de culpas", como se desprende de la facultad del juez de reducir la reparación respecto de la persona que se expuso imprudentemente al daño (artículo 2330 del Código Civil). No ocurre lo mismo tratándose de la responsabilidad contractual, materia en la cual el juez carece de toda facultad a este respecto. La reducción del daño en esta área sólo procede como consecuencia de los efectos de la relación causal.

Como puede observarse, no se advierten diferencias importantes en lo relacionado con la excepción estudiada tratándose de la responsabilidad profesional.

Los efectos son prácticamente los mismos que se siguen de la aplicación de las reglas generales.

En un enfoque general, podría sostenerse que nuestra posición es demasiado drástica con los profesionales, al impedir que ellos puedan obtener de sus clientes, por lo menos, una atenuación de responsabilidad. Lo indicado prescinde de la circunstancia, tantas veces comentada, de que en materia contractual existe un desequilibrio enorme entre la posición del receptor y el proveedor del servicio, lo que, de por sí, hace sospechosa toda cláusula de exención o atenuación de responsabilidad. Como lo ha advertido repetidamente la doctrina, la desigualdad, en todo orden de cosas, deja al receptor del servicio en posición desmedrada y, por lo mismo, la ley y la jurisprudencia deben alinearse en su defensa.

Nuestra posición podría inducir a creer que un tratamiento excesivamente riguroso para con los profesionales producirá un desaliento natural en este campo, apagando las vocaciones y limitando esta actividad tan deseable. Sobre este punto se cita con frecuencia la experiencia que vive Estados Unidos de Norteamérica en donde, para ejercer una profesión, es necesario contratar costosos seguros que encarecen enormemente el valor de estos servicios. Sería absurdo desconocer esta realidad, pero ella obedece, al menos en parte, a la actividad de los abogados que explotan este nicho (responsabilidad profesional) al amparo de las llamadas "penas punitivas" (que con el fin de sancionar a los infractores y dirigir con ello un mensaje a la sociedad, fijan indemnizaciones que exceden largamente el valor de los daños causados) y las "acciones de clase", logrando con ello suculentos beneficios. En nuestro medio social ambas cosas pueden corregirse, puesto que la indemnización (salvo por concepto de daño moral), debe acreditarse cumplidamente y los abusos de los abogados pueden evitarse ejerciendo las acciones y promoviendo las sanciones antes comentadas. En todo caso, esta materia es propia de las políticas públicas que deben diseñar los poderes colegisladores.

X. La responsabilidad profesional y las nuevas tendencias sobre la materia

Parece necesario aludir a las nuevas tendencias sobre la responsabilidad para medir, en toda su magnitud, la importancia de la responsabilidad profesional.[12] Creemos que nuestra proposición, en el sentido de elaborar un estatuto propio sobre esta materia, en gran medida corresponde a la orientación dada por estas tendencias. Por lo mismo, analizaremos sus principales manifestaciones.

[12] Esta materia está analizada en nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1999. Págs. 80 y ss.

1. **Ampliación del daño resarcible**. Resulta incuestionable que cada día es mayor el ámbito de los daños por los cuales se responde. Desde luego, el daño moral (extrapatrimonial) se ha extendido considerablemente, al extremo de haberse declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional el artículo 2331 del Código Civil, que restringe esta reparación, cuando el daño proviene de *"imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona..., a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que puede apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación"*. Obrando de oficio, por resolución de 6 de mayo de 2010, el Tribunal Constitucional abrió proceso para declarar la "inconstitucionalidad" de este precepto legal, vale decir para *"excluirlo"* del ordenamiento jurídico, dejándolo sin efecto (derogado dice la Constitución). Se habla hoy día, dándole identidad propia, de *daño a la vida de relación, daño a la actividad social, daño al proyecto de vida, daño a la imagen física, daño biológico, daño estético, daño espiritual, daño a la capacidad sexual, daño a expectativas de vida, daño a los proyectos de futuro, etcétera*. En este orden de cosas el ingenio parece inagotable. De esta manera, se amplían las fronteras de la reparación haciéndola extensiva a las diversas formas de detrimento patrimonial o extrapatrimonial. No cabe duda que la responsabilidad profesional debe insertarse en esta corriente, aun cuando se trate de una actividad generadora de daños.

2. **Proceso gradual de socialización de los daños.** En esta parte cobra enorme importancia la existencia de seguros obligatorios, destinados, precisamente, a dar certeza a la víctima de que el daño será reparado, superando la insolvencia del dañador. En la misma línea debe colocarse el régimen de seguridad social y las más diversas formas de asistencia brindadas por el Estado. Entre las medidas que se proponen para evitar que la actividad profesional se retraiga, como consecuencia de los riesgos que ella implica, se encuentra, precisamente, el establecimiento de seguros obligatorios a los cuales deberían acceder todos los profesionales para asegurar sus derechos y los derechos de quienes reclaman sus servicios. La experiencia norteamericana en este aspecto resulta aleccionadora.

3. **Aumento de factores de atribución**. Una corriente jurídica propicia el aumento de los factores de atribución. Más allá del dolo y de la culpa (factores tradicionales), se habla del mal llamado "abuso del derecho", de la equidad natural, de las normas de tolerancia entre vecinos o profesionales afines, de la solidaridad social, etcétera. La finalidad última de este planteamiento consiste en aliviar las exigencias que deben cumplir quienes demandan la reparación indemnizatoria cuando el daño no proviene del hecho propio o no ha habido una exposición imprudente al daño.

4. **La objetivización de la responsabilidad**. Esta tendencia es, sin duda, la que con mayor fuerza ha gravitado en el derecho moderno. Se trata de sustituir la *culpa* por el *riesgo*, imponiendo el deber de indemnizar a quienes operan en un

ámbito peligroso (que se aproxima al daño), o que generan esta atmósfera de peligro, sea o no en procura de beneficios propios. Esta tendencia se observa en casi todas las nuevas actividades, tales como el área informática, ecológica, de productos medicinales y farmacéuticos, de daños nucleares, de daños causados en la superficie por aeronaves, de daños al consumidor, etcétera. En varias otras publicaciones hemos afirmado que el "riesgo" es una especie de nueva forma de "culpa", lo que se justifica por las particularidades que presenta el desarrollo científico y tecnológico, generador de condiciones hasta hace muy poco absolutamente desconocidas. Atribuimos, por ende, especial importancia a esta cuestión, ya que, como queda explicado, creemos nosotros que la "impericia" (factor integrante de la culpa profesional) debe apreciarse objetivamente, dándose por establecida por el solo hecho haberse infringido la *lex artis*. El profesional, investido por la autoridad pública de la facultad de ejercer una determinada actividad reservada en razón de su preparación, incurre en responsabilidad si carece de los conocimientos que comprenden la ciencia o arte que profesa. No sucede lo mismo, creemos nosotros, con la negligencia y la imprudencia, cuya infracción se mide de acuerdo a las reglas generales que gobiernan el factor de imputación que se invoca.

5. **Ampliación del campo de legitimados activos**. Se trata, en este caso, de aumentar el número de los titulares de la acción indemnizatoria. A nuestro juicio, esta tendencia es consecuencia de los nuevos daños, tales como los provenientes de la contaminación (a la cual contribuyen, en mayor o menor medida, todos los integrantes de la comunidad) u otras situaciones semejantes. Por cierto, se intenta apoyar a quienes sufren este tipo de daños por encontrarse más expuestos a experimentarlos. Así, por ejemplo, un peatón contamina menos que un automovilista y éste menos que una fábrica desprovista de equipos anticontaminantes. No parece descabellado, como se ha dado a entender, aquella consigna según la cual *"quien contamina paga"*, si por este medio es posible remediar daños difusos que, de otra manera, quedan en la impunidad.

6. **Aligeración de la carga de la prueba**. Se advierte claramente que la víctima tropieza frecuentemente con la dificultad de acreditar los presupuestos de la responsabilidad. Sea que se trate de un sistema de prueba reglada o de libre apreciación, no es fácil, en la mayoría de los casos, probar el factor de imputación, los daños producidos y la relación de causalidad. De aquí que se busque la forma de aligerar esta carga, lo cual se logra objetivizando la apreciación de algunas de estas exigencias (como se propone en este trabajo a propósito de la culpa profesional), y facultando a los jueces para apreciar la prueba con mayor libertad, sin estar estrictamente sujetos a su valoración en conformidad a la ley. Nuevas fórmulas, como la apreciación de la prueba "en conciencia" o "conforme las normas de la sana crítica", constituyen un avance en esta dirección.

7. **Creación de presunciones de causalidad**. Se trata de eximir al dañado del deber de acreditar, con excesiva severidad, el vínculo causal entre el hecho y su consecuencia dañosa. Recuérdese que, en su inmensa mayoría, los daños provienen de "concausas", cuya calificación hace difícil precisar a quién debe atribuirse su autoría. Tratándose de la responsabilidad profesional, existe un sinnúmero de situaciones en que la causalidad es difusa y no puede establecerse con acuciosidad. Especialmente en las profesiones sanitarias, esta cuestión se prestar para eludir la responsabilidad. De esta realidad nace la necesidad de ir consagrando presunciones de causalidad que simplifiquen al dañado la obligación de probar rigurosamente la relación causal.

8. **La prevención y evitación de los daños**. Muchas medidas de carácter administrativo o judicial sirven el objetivo indicado. Así, por ejemplo, la autoridad puede suspender o clausurar, temporal o definitivamente, determinadas actividades riesgosas (tales como fuentes de contaminación, centros deportivos, ejercicios físicos de alto riesgo). En materia de responsabilidad profesional debe recordarse que los Tribunales de Ética, ya mencionados, deberían estar facultados para suspender del ejercicio profesional o, incluso, privar de su título a quienes incurren en infracciones graves que comprometan el interés social. De la misma manera debería procederse con los centros de estudios superiores, cuando su modelo educativo y programas de enseñanza no aseguren la buena calidad de los titulados. Las medidas preventivas, oportunamente adoptadas, pueden evitar un daño que inexorablemente se produce cuando se autoriza el ejercicio profesional a quien no está capacitado para ello.

9. **Certeza del cobro de la indemnización**. Es éste uno de los escollos más frecuentes con que tropieza quien sufre un daño. La insolvencia del dañador, la cuantía de la reparación y la ausencia de seguros comprometidos son un obstáculo, a veces insalvable, para obtener el resarcimiento. Es por ello que muchas víctimas recurren a comprometer al Estado (el Fisco) en la causación del daño, por medio de cualquier pretexto ingenioso. No vemos más solución, frente a este problema, que imponer la obligación de cubrir con seguros la ejecución de ciertas actividades, como sucede, por ejemplo, con el uso de un vehículo motorizado o los servicios de locomoción colectiva. Desde otra perspectiva, debe rechazarse todo pacto que tenga por objeto abreviar los plazos de prescripción, o la exención o limitación de responsabilidad y, desde luego, las declaraciones unilaterales en tal sentido. No debe excluirse, tampoco, la constitución de fondos especiales para afrontar los daños, tanto más cuando ellos son difusos. Australia ha dado sobre esta materia un buen ejemplo, al instaurar un fondo para costear las reparaciones a que dan origen los accidentes de tránsito. Sin la menor duda, es éste el factor que, en mayor medida, impide que la reparación indemnizatoria pueda provocar un equilibrio económico entre dañado y dañador.

10. **Preocupación de la doctrina por reglamentar los contratos de contenido predispuesto o con condiciones generales**. En el campo profesional abunda este tipo de contratos, asegurando la impunidad a quienes ejercen algunas actividades especializadas. Es indiscutible que frente a un profesional no puede un lego en la materia negociar en igualdad de condiciones o conservando un equilibrio mínimo. Lo propio ocurre entre las grandes empresas y los particulares desprovistos de la debida asesoría. No cabe, en este campo, otra opción que dotar a la autoridad de las facultades necesarias para reglar este tipo de contratación y negar validez a aquellos acuerdos manifiestamente inicuos. Así ocurre, en el día de hoy, con la situación del consumidor, amparado por disposiciones legales que lo protegen de eventuales abusos (Ley N° 19.496 modificada por Ley N° 19.955). Insistimos en el hecho de que, al menos en este momento, no se visualiza un antídoto general para esta clase de abusos y excesos.

La revisión de estas diez tendencias demuestra que es posible aplicarlas, en su mayoría, a la responsabilidad profesional. En la vida práctica se observa que los profesionales responden de una mayor cobertura de daños, lo que no ocurría hasta hace pocos años, como sucede, por ejemplo, con el daño moral. Asimismo, existe la tendencia a la socialización de los daños, sea a través de organismos o servicios públicos o de sistemas de seguros obligatorios. Proponemos en este trabajo simplificar la prueba del factor de imputación, apreciando objetivamente la *impericia*, a partir de la garantía de conocimientos que se desprende de las autorizaciones estatales. Creemos que se acentuará, con el correr del tiempo, el aligeramiento de la carga de la prueba, habida consideración de las nuevas normas procesales que se extenderán, en un futuro no lejano, a todas las áreas del derecho. No puede negarse, tampoco, que existe una clara predisposición a amparar a quienes demandan servicios profesionales y que, paralelamente, preocupa la incerteza frente a la insolvencia del responsable del daño.

La responsabilidad, como lo reconoce la doctrina, se ha desplazado del acto *ilícito* al hecho *dañoso*, lo cual demuestra una creciente preocupación por el destino de la víctima. Ha quedado ya muy lejano aquello que los daños provenían, casi siempre, de la voluntad del "buen Dios". Hoy día, a la inversa, en la mayoría de los casos, hay un dañador identificable que es llamado a responder. Cabe destacar, a propósito de esta materia, que la responsabilidad civil extracontractual del Estado se ha extendido enormemente, cubriendo buena parte de daños que hasta hace pocos años quedaban impunes.

Tratándose de la responsabilidad profesional, creemos que bien cabe hablar de una **undécima tendencia**. Ella está representada por la calificación objetiva de la *impericia* como componente de la culpa, principal factor de imputación en este tipo de conductas. Su reconocimiento aliviaría a las víctimas del peso de la prueba en una materia altamente especializada, en la cual quien demanda los servicios profesionales estará siempre en desventaja. Lo anterior no debe

sorprender a nadie, si se tiene en consideración que la apreciación objetiva de la *impericia* no es más que una consecuencia del sistema que rige en Chile en lo concerniente al otorgamiento del título profesional.

Todo hace pensar que la responsabilidad profesional se extenderá considerablemente en los próximos años. Si bien en un comienzo fueron los médicos quienes debieron enfrentar este fenómeno –tendencia por lo demás mundial–, éste se expandirá con fuerza hacia los abogados, los ingenieros, constructores, auditores, etcétera. A medida que las actividades económicas más importantes se vayan profesionalizando y, paralelamente, crezca la cantidad de profesionales que intervienen en el mercado, aumentarán las demandas por reparaciones indemnizatorias, abriéndose paso una concepción jurídica más perfecta sobre la responsabilidad profesional.

XI. ¿Debería reconocerse un estatuto especial respecto de responsabilidad profesional?

Uno de los problemas más difíciles de resolver dice relación con la existencia de un estatuto especial sobre la responsabilidad profesional, tarea que sólo podría encarar la jurisprudencia o la doctrina, pues no parece existir interés legislativo en la materia. Desde luego, no puede invocarse una normativa especial sistemática y preestablecida, lo cual hace pensar que el profesional está sometido a las reglas generales de la responsabilidad contractual o extracontractual, según los servicios que presta sean convenidos con la persona que los requiere o se ejecuten sin acuerdo previo. Podría pensarse, además, que el profesional no puede ser discriminado, imponiéndosele deberes y responsabilidades que van más allá de aquellos de que son objeto los demás sujetos de derecho.

Sin embargo, nuestra posición es diferente, como se ha señalo en lo precedente. Creemos nosotros que los profesionales prestan "servicios especiales" en la medida que éstos sólo pueden ser realizados por ciertas personas que han recibido una formación regulada y controlada por el Estado. El profesional tiene, por lo tanto, un "mercado cautivo" al cual no puede acceder sino aquel que detenta un título profesional. Por otra parte, quien demanda estos servicios lo hace con la certidumbre de que se trata de una persona dotada de los conocimientos, habilidades y destrezas que le permiten ejecutar responsablemente dicha actividad. No se trata, entonces, de una relación de "confianza personal", sino de "confianza institucional", porque ella tiene su génesis en la voluntad del Estado que se expresa a través de la regulación jurídica de la profesión.

No puede asimilarse, por lo tanto, la prestación de un servicio profesional a la prestación de un servicio cualquiera, ni mucho menos confundirse las disposiciones jurídicas dispersas que regulan una y otra de estas actividades. Dicho

de otro modo, quien contrata un servicio profesional deberá escoger en un reducido mundo de prestadores, todos los cuales han recibido autorización especial para desempeñarse en ese campo, proyectando seguridad y confianza hacia la comunidad.

De lo anterior se sigue que el profesional debe obrar con el máximo cuidado en el limitado terreno de las actividades que le son propias. No es dable concebir una relajación si, como queda demostrado, goza, en razón de su presunta preparación, de un monopolio que lo favorece en todo orden de cosas. De aquí que postulemos un estatuto propio para la responsabilidad profesional, particularmente en el campo en que ha sido habilitado por la autoridad pública.

Tres cuestiones saltan a la vista: los abusos que pueden cometerse a propósito de un estatuto especial; la reciprocidad de deberes entre el proveedor del servicio y quien lo demanda; y el avance constante de la tecnología en relación a la "pericia profesional" que recoge la *lex artis*.

A. Abusos de que son objeto los profesionales

En relación con lo primero, se observa en la actualidad un abuso del cual son víctimas los profesionales (particularmente los de la salud). Se trata de la interposición de acciones penales, imputando al profesional la comisión de un delito, cuando sólo procede una acción indemnizatoria como consecuencia de un ilícito civil. Esta estrategia tiene por objeto, como es obvio, presionar al profesional para que se rinda a las exigencias de la presunta víctima. Lo que señalamos ha superado todos los límites. Podría decirse que, invariablemente, se atribuye al profesional una conducta dolosa o ejecutada con imprudencia temeraria contra las personas (artículos 490 y 491 del Código Penal).[13] Lo anterior, unido al hecho de hacer extensiva la responsabilidad a un establecimiento u organización pública (hospitales, corporaciones, reparticiones fiscales, etcétera), permite ejercer presiones indebidas que exceden en mucho las legítimas pretensiones del afectado. Creemos que es la jurisprudencia la llamada a poner atajo a estos procedimientos que se harán cada vez más frecuentes por obra de la creciente competencia en el campo profesional. Una reforma legal podría burlarse con facilidad y, por lo mismo, resultar inoperante. No es conveniente crear un medio hostil al ejercicio profesional, a cambio de hacer valer la responsabilidad que cabe a quienes se desempeñan en este ámbito. Lo que comentamos irá en aumento, si se considera la proliferación del número de

[13] El artículo 490 del Código Penal expresa: "El que con imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas". El artículo 491 del mismo cuerpo legal agrega que "El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior". Probablemente estas figuras delictivas se imputan a los médicos y demás profesionales de la salud en razón de que el tipo penal exige daño en la persona de la víctima.

profesionales (fruto de haberse extendido la actividad universitaria a la iniciativa privada desde 1981). Constituye una realidad inesquivable la circunstancia de que el aumento de profesionales generará mayor competencia en este campo, y que ello provoca un detrimento en la deontología y ética profesionales. Es deber esencial del Estado resguardar ambos aspectos. Conviene a este respecto observar la experiencia norteamericana, antes citada, que ha excedido todos los límites en lo que concierne al ejercicio de las profesiones sanitarias.

Si a la actividad profesional debe agregarse la contratación de elevados seguros de responsabilidad profesional (lo que ocurre en otras naciones en que no es posible ejercer una profesión sin resguardos patrimoniales), es indudable que se desincentivará este tipo de mercados, provocando un encarecimiento en los costos de estas actividades tan fundamentales en la sociedad moderna.

B. Reciprocidad de deberes entre proveedor del servicio (profesional) y quien lo requiere (receptor)

Hemos insistido, en otras publicaciones, en que la obligación, en cuanto "deber de conducta típica" define tanto la conducta del deudor como la conducta del acreedor. Desde este punto de vista el acreedor (receptor del servicio) debe cooperar o facilitar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor (proveedor del servicio). De la misma manera, hemos propuesto un criterio que permite definir con precisión el grado de diligencia que impone la ley a una y otra parte de la relación jurídica.[14] Así como el deudor responde de un definido grado de culpa, también el acreedor está obligado a obrar de modo de facilitar la prestación de lo debido.

Tratándose de la responsabilidad profesional esta reciprocidad de culpas se evidencia con mayor claridad. En efecto, quien recibe el servicio convenido o debido (según medie o no contrato), debe facilitar, cooperar y contribuir con el proveedor del servicio a que éste tenga éxito. Así, por ejemplo, quien es objeto de un tratamiento médico está obligado a seguir con rigor las instrucciones, respetar las indicaciones y adoptar todas las providencias que se le hayan recomendado por parte del profesional. Lo propio ocurrirá con quien contrata los servicios de un abogado en lo que dice relación con los antecedentes que se requieran, la fidelidad en la información que se proporciona y veracidad de los hechos que se expongan. En toda profesión la actitud que asume el receptor del servicio es fundamental para que el profesional pueda aplicar la *lex artis* y evitar una *mala praxis* de la cual se derive responsabilidad. Nos hallamos, entonces, en presencia de un acreedor (receptor del servicio) **activo**, cuyo

[14] Sobre este punto puede examinarse el libro *Responsabilidad contractual* (Editorial Jurídica de Chile. Año 2003) páginas 199 y siguientes sobre "Hecho o culpa del acreedor".

deber es cooperar en el cumplimiento de la obligación profesional, no siendo, en la mayor parte de los casos, suficiente una absoluta pasividad de su parte.

Creemos que este aspecto ofrece un carácter propio a la responsabilidad profesional en nuestro derecho y que él no ha sido debidamente ponderado por los comentaristas y doctrinadores. Por consiguiente, concluimos que en este ámbito debe cuidarse muy especialmente la reciprocidad de culpas entre el deudor (proveedor del servicio) y el acreedor (receptor del servicio), eliminándose todo vestigio de responsabilidad en el evento de que la culpa del deudor obstruya una *buena praxis* por parte del profesional.

C. Avance de la tecnología en relación al contenido de la *lex artis*

Nuestro postulado sobre la posibilidad de descomponer la culpa, dando a la pericia un carácter objetivo que se agota en la sola infracción de la *lex artis* (en todo semejante a la culpa contra la legalidad), conduce a otro problema de tanto o mayor significación. La pericia de que está presuntivamente dotado el profesional y que certifica el Estado al otorgarle el respectivo título, no alcanza al avance constante que experimenta la *lex artis* como consecuencia del avance científico y tecnológico. En otras palabras, la *lex artis*, por obra del avance científico y tecnológico, no es estática, sino cada vez más dinámica. Nótese que lo señalado es aplicable, incluso, a los abogados, ya que la legislación cambia y evoluciona con frecuencia.[15]

No creemos posible exigir al profesional –más allá de los requisitos para la obtención de su título– que deba conocer todos los indicados avances y dominarlos al tiempo de producirse, al extremo de responder civilmente de los daños que pudieron evitarse aplicando técnicas, disposiciones, fórmulas o procedimientos desconocidos al momento de titularse. En otras palabras, el contenido de la *lex artis* varía constantemente y sería injusto exigir que el profesional, durante toda su vida activa, deba adaptarse y dominar los nuevos conocimientos. Es notable observar de qué manera avanza la ciencia y la tecnología en relación a ciertas profesiones (ciencias duras) y cómo ello afecta el nivel de conocimientos del profesional. Muy probablemente en ninguna otra actividad este efecto es tan manifiesto.

¿Cómo debe resolverse este problema?

Creemos nosotros que es el juez el llamado a determinar el contenido de la *lex artis* –cuya infracción se apreciará objetivamente– que sea exigible al profesional

[15] Eduardo Couture, un insigne procesalista uruguayo, manifestó, precisamente para caracterizar esta situación, que el abogado que no estudiaba permanentemente "era cada vez menos abogado".

en contra de quien se dirige una acción reparatoria. La premisa fundamental consiste en que el Estado garantiza el dominio de la *lex artis* correspondiente al momento de otorgamiento del título profesional, pero no los conocimientos e innovaciones ulteriores que aquélla experimentó por obra del desarrollo científico tecnológico. Ciertamente existirá responsabilidad si el profesional asegura al contratarse los servicios el dominio de una técnica o de procedimientos modernos ajenos a la época de su titulación. La pericia, en el caso que se analiza (modificación sustancial de la *lex artis* después de la recepción del título por parte del profesional), deberá apreciarse, entonces, conforme las reglas generales que gobiernan la culpa, perdiendo su especificidad. Otra solución nos parece absolutamente injusta. Sin embargo, esta cuestión abre otra brecha, ya que podría afirmarse que los servicios profesionales son de diversa categoría, dependiendo de la actualización que presente el profesional. Esto, sin duda, es efectivo, y tiene lugar en todas las actividades en que influye el avance científico y tecnológico. Por lo mismo, a la hora de juzgar la conducta profesional debe considerarse esta circunstancia, sin prescindir del **deber de información** que pesa sobre el profesional, incluso, respecto de la su propia preparación. Aquí reside uno de los factores que permiten resolver con ecuanimidad esta situación. El profesional debe dar a conocer al receptor del servicio las limitaciones que le afectan respecto de los adelantos científicos y tecnológicos introducidos en la *lex artis* de su profesión, pudiendo presumirse, en su silencio, la intención de ocultar esta información y, por ende, incurrir en responsabilidad.

Todo lo abordado en este estudio parece corroborarse con ocasión de los violentos sismos sufridos por gran parte de nuestro territorio el 27 de febrero de 2010. A propósito de este trágico acontecimiento se ha planteado nuevamente con mayor rigor el problema relativo a la responsabilidad profesional, quedando de manifiesto, en los casos más graves, que existen posibles infracciones a leyes, reglamentos, normas técnicas y reglas que regulan el ejercicio de las profesiones (*lex artis*), todo lo cual justifica la imposición de responsabilidad, incluso de carácter penal. Asimilar este tipo de responsabilidad a las normas de derecho común no parece justificado, atendidos los factores que hemos intentado sistematizar en las páginas anteriores. No compartimos la tentativa de desplazar este tipo de problemas a sede penal, salvo calificadas excepciones, ya que resulta evidente que se trata de negligencia, imprudencia o impericia que debe limitarse a áreas bien acotadas. Así, por ejemplo, los defectos de construcción de una obra determinada pueden ser consecuencia de la *mala praxis* de un ingeniero calculista o de un equivocado estudio de suelos o de la mala calidad de los elementos constructivos, etcétera, unido, cualquiera de estos factores, a una aplicación errónea por parte del arquitecto o constructor de la obra. No habría entonces una, sino muchas concausas, susceptibles de considerarse separadamente para los efectos de asignar responsabilidades. Agréguese a lo anterior la probable responsabilidad de los entes públicos

encargados de supervisar la ejecución del proyecto, autorizar su ejecución y recepcionar las obras y el cumplimiento de las exigencias impuestas. Como puede apreciarse, la responsabilidad se extiende, al extremo de comprometer al Estado, habida consideración de las tareas que le impone la ley a los entes públicos en esta materia. Refuerza nuestra opinión lo que sobre esta materia dispone la Ley General de Urbanismo y Construcciones. El artículo 17 expresa que *"Para los efectos de la presente Ley, son arquitectos, ingenieros civiles, ingenieros constructores y constructores civiles, las personas que se encentran legalmente habilitadas para ejercer dichas profesiones, quienes serán responsables por sus acciones u omisiones en el ámbito de sus respectivas competencias"*. Por su parte, el artículo 18 de la referida ley agrega en el inciso 3° que *"Sin perjuicio de lo establecido en el N° 3 del artículo 2003 del Código Civil, los constructores serán responsables por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos, sin perjuicio de las acciones legales que puedan interponer a su vez en contra de los proveedores, fabricantes y subcontratistas"*. Citamos estas dos normas para acentuar el hecho de que ley da a los profesionales un tratamiento especial que difiere de las normas generales de responsabilidad, lo cual puede apreciarse en numerosas leyes invocadas en este trabajo.

Parece conveniente referirse, aun cuando sea muy brevemente, a la posibilidad de que transcurridos los plazos de prescripción contractual –de acuerdo al Código Civil o las leyes especiales– pueda recurrirse al denominado "cúmulo u opción de responsabilidad". De esta manera, se piensa, podría computase el plazo de prescripción no desde la recepción definitiva de las obras por la respectiva Dirección de Obras Municipales (artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), sino desde la producción del daño (artículo 2332 del Código Civil). Recuérdese que esta última norma dispone un plazo de prescripción de "cuatro años contados desde la perpetración del acto", entendiéndose que el "acto" aludido es el ilícito civil (delito o cuasidelito), el cual se consuma sólo cuando el daño se produce. Por lo tanto, invocando la responsabilidad extracontractual, se podría esquivar la prescripción de la responsabilidad contractual. Esta tesis carece de toda viabilidad, ya que la reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores ha rechazado la "opción de responsabilidad" (elección del estatuto jurídico que regula la responsabilidad cuando es posible encuadrar el incumplimiento tanto en el ámbito contractual como extracontractual). Creemos nosotros que existiendo un contrato las partes están obligadas a someterse a sus disposiciones, por imperativo del artículo 1545 del Código Civil que consagra el principio *"pacta sunt servanda"*, conforme al cual todo contratos legalmente celebrado es "ley para las partes contratantes". Por lo tanto, el "cúmulo de responsabilidad" no da lugar a la "opción de responsabilidad", quedando las partes sometidas estrictamente a la convención y todos sus efectos. Nos parece útil este comentario para evitar errores en la apreciación de la responsabilidad en general y profesional en particular.

Para lo que interesa a este trabajo, reiteramos que nos parece obvio que la responsabilidad profesional debe medirse de acuerdo a los parámetros aquí señalados y no aplicando sólo las normas de derecho común. Probablemente, los juicios y controversias que se desatarán a propósito de estos hechos servirán para aclarar muchas de las dudas que suscita esta materia.

Como puede comprobarse, la responsabilidad profesional cobra cada día mayor importancia, fenómeno que obedece a los avances que ha experimentado nuestra sociedad. El desarrollo científico-tecnológico opera constante e ininterrumpidamente, exigiendo a nuestros profesionales una mejor preparación y conocimientos más avanzados. Por lo mismo, se espera de ellos una respuesta de mejor calidad.

Queda demostrado, entonces, que la responsabilidad profesional constituye una vertiente singular de la cual es posible extraer nuevos principios y darle un tratamiento acorde con sus características especiales. No se intenta, como más de alguien podría pensar, dar a los profesionales un tratamiento exageradamente riguroso en desmedro de sus actividades. Mucho menos de adoptar un estatuto legal que los discrimine y perjudique. Si la actividad profesional, como creemos haberlo demostrado, se rige por normas que difieren de las aplicables a los sujetos de derecho en general, es lógico concebir a su respecto un estatuto especial que recoja aquellas singularidades en provecho tanto de quien provee un servicio de esta naturaleza como de quien lo recibe. La sociedad moderna exige ir adecuando algunas actividades a los nuevos requerimientos y, entre ellas, predomina la importancia del ejercicio de las profesiones titulares. No somos partidarios de una reforma legal, porque esta insuficiencia bien puede superarse con una correcta interpretación de las numerosas disposiciones que hemos citado a la largo de este trabajo. Lamentablemente, entre nosotros, la jurisprudencia no realiza un aporte significativo al desarrollo y perfeccionamiento de la doctrina jurídica. Es muy difícil sustituirla por otros medios, de lo cual se sigue una falencia casi insuperable para el buen funcionamiento de un "Estado de Derecho". Todo lo concerniente a la interpretación (en cuanto aplicación de la ley) abre a los tribunales de justicia un amplio margen para enriquecer el derecho. Sin embargo, no es éste un terreno fértil a la hora de contabilizar los progresos de este orden.

De aquí nuestra esperanza de que la futura jurisprudencia esté a la altura de la complejidad e importancia del problema planteado. Con ello ganará el buen ejercicio de las profesiones titulares y la sociedad toda.

Las asociaciones gremiales

José Miguel Sarroca Poblete
Abogado. Master in Business Law
Universidad Adolfo Ibáñez

Resumen: Las asociaciones gremiales, federaciones gremiales y confederaciones son personas jurídicas reconocidas por el derecho chileno, que se crean al amparo del D.L. 2.757 y sus modificaciones, vigente desde 1979. Son supervisadas por el Ministerio de Economía, quien lleva un registro y puede ejercer control y fiscalización de cada una de ellas.

* * *

1. Entidades gremiales: Objeto y formas de constitución

1.1. Qué es un asociación gremial: Objeto

Las asociaciones gremiales son organizaciones que reúnen a personas naturales o jurídicas, o ambas, con el objeto de "promover la racionalización, desarrollo, y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción y de los servicios", así como las actividades conexas a las actividades comunes señaladas. La ley no especifica expresamente que se trata de personas sin fines de lucro, pero ello se desprende de su naturaleza y de la disposición relativa a la finalidad de los bienes de la asociación.

En la actualidad son asociaciones gremiales tanto los colegios profesionales como los antiguos sindicatos de empleadores, existiendo en Chile una sola forma de agrupación para fines no lucrativos de las actividades profesionales o por ramas de actividad, cual es la asociación gremial. Estas se distinguen de las corporaciones y fundaciones por su finalidad. Las corporaciones tienen por propósito, en general, agrupar a personas en torno a un fin ideal y no lucrativo, y las fundaciones son organizaciones en torno a un fondo destinado a un objeto preciso.

Para constituir una asociación gremial se requiere reunir a lo menos 25 personas naturales o jurídicas o 4 personas jurídicas, y cumplir con los requisitos que señala la ley y que explicaremos más adelante.

1.2. Qué es una federación: Objeto

Las federaciones gremiales, por su parte, deben constituirse por a lo menos 3 asociaciones gremiales, aunque luego pueden afiliar a personas naturales o jurídicas, entre ellas asociaciones gremiales, otras federaciones, empresas, corporaciones, fundaciones, etc., ya que la ley no distingue.

Las federaciones deben tener por objeto "representar a sus afiliados y promover, coordinar y dirigir las acciones que estos desarrollen" de acuerdo al objeto de las asociaciones gremiales, es decir, deben promover, coordinar y dirigir las acciones tendientes a la racionalización desarrollo y protección de las actividades que son comunes a las asociaciones gremiales, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o los servicios.

1.3. Qué es una confederación: Objeto

Esta es la organización resultante de la reunión de 2 o más federaciones. Una vez constituida puede afiliar también a otras personas jurídicas.

Estas tienen por objeto o finalidad esencial, como señala la ley, "velar por los intereses generales de los sectores que representen".

1.4. Limitaciones a la afiliación de asociaciones gremiales, federaciones y confederaciones entre sí

Señala la ley que las asociaciones gremiales no podrán afiliarse a más de una federación ni a más de una confederación.

A su vez, las federaciones sólo pueden afiliarse a una otra federación, salvo las federaciones gremiales regionales, que pueden afiliarse a una federación gremial nacional sin que ello signifique que ésta se constituye en confederación.

Fuera de las limitaciones recién expresadas, pueden afiliarse a las federaciones personas naturales o jurídicas. Como se ha señalado previamente, la ley no utiliza la expresión "personas jurídicas" sin distinguir de qué tipo de persona jurídica se trata, de manera que podrían integrarse a una asociación gremial otras asociaciones gremiales, empresas constituidas como sociedades, corporaciones, fundaciones, y cualquier otra persona jurídica de la legislación chilena que tenga interés y desarrolle la actividad común que une a quienes pertenecen a una asociación gremial. A nuestro juicio, esta es una interpretación correcta del D.L. 2.757, que, sin embargo, no es compartida por la autoridad fiscalizadora, interpretación que se funda exclusivamente en el artículo 28 del mencionado D.L., que textualmente dice: *"Las asociaciones gremiales podrán afiliarse a federaciones, y confederaciones, en conformidad a los artículos siguientes"*.

A su vez, las federaciones y confederaciones pueden afiliarse a personas jurídicas, sean o no asociaciones gremiales, lo que implica que pueden ser socios de cualquier tipo de asociación, incluso de esta misma ley.

Es decir, a pesar que pareciera que la estructura de las asociaciones gremiales, federaciones y confederaciones es piramidal, en la cual las personas naturales y las empresas estarían en la base de constitución de las asociaciones gremiales, éstas a su vez de agruparían en federaciones, y éstas en confederaciones, el D.L. 2.757 es flexible y no impide la afiliación de una federación en una asociación gremial de base, o de una confederación en una federación, ello porque permite la afiliación de éstas a "personas jurídicas". Sin embargo, lo explicado es sin perjuicio de las limitaciones que al respecto puedan establecer los estatutos propios de cada entidad gremial.

1.5. Constitución de una asociación gremial

Las asociaciones gremiales, al igual que las federaciones y confederaciones, se constituyen por la reunión de la cantidad de personas que ya señaláramos, en un acto o reunión celebrada ante notario público, quien certifica la realización de la reunión y la cantidad e identidad de los asistentes, o bien mediante la suscripción o firma del acta de la reunión respectiva por un notario.

En dicha acta debe quedar constancia de los asistentes a la reunión con su individualización, y si se trata de personas jurídicas, del representante legal y su personería, la aprobación de los estatutos, que además se incluirán en el acta, y la elección del directorio o mesa directiva.

Dicha acta debe ser depositada en el Ministerio de Economía, en la Unidad de Asociaciones Gremiales y Martilleros, en Santiago, Avenida Libertador Bernardo O'higgins 1449 torre 2 local 7, con 3 copias. En regiones, será depositada en las oficinas del Ministerio de Economía. El MINECON le otorgará un número de registro, el que deberá incluirse en un extracto del acta, y publicarse en el Diario Oficial dentro de 60 días contados desde la celebración de la sesión constitutiva. Con dicha publicación ya se tiene la personalidad jurídica.

El Ministerio puede formular observaciones a la constitución de la asociación gremial, lo que informará a su apoderado para que los subsane. Si no lo realiza, se cancelará la personalidad jurídica ya otorgada.

El Ministerio de Economía tiene la página web www.asociacionesgremiales.cl en que se explica detalladamente el proceso de constitución de estas entidades y sus requisitos, y se contienen modelos de estatutos, actas, extractos, los que son útiles como elementos de referencia para la creación de estas asociaciones. Asimismo, está disponible información sobre la dirección de las

oficinas regionales del MINECON. A través de este sitio web se pueden realizar variados trámites en línea, como la solicitud de los certificados de vigencia de la personalidad jurídica.

1.6. Modificaciones de estatutos

Toda modificación de estatutos de una entidad gremial debe enmarcarse en sus propias disposiciones estatutarias, las que deben siempre prever la celebración de una Asamblea de Socios. Normalmente la reforma de estatutos se realiza en Asamblea Extraordinaria.

De dicha asamblea debe levantarse acta, la que debe ser presentada, dentro de 60 días contados de la fecha de su celebración, al MINECON para su revisión. El Ministerio, al igual que para la aprobación de los estatutos, pueden formular observaciones, las que deberán subsanarse en los mismos plazos.

2. Patrimonio de la asociación gremial

2.1. Cuotas sociales

El patrimonio de una entidad gremial está constituido por las cuotas o aportes sociales que fijen los estatutos, los que pueden ser ordinarios y extraordinarios, donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte, por el producto de sus bienes o servicios, por la venta de activos y por las multas que pueden establecerse a los afiliados.

Las cuotas son obligatorias para los socios. Aquellas que sean extraordinarias sólo pueden destinarse a financiar proyectos previamente definidos y aprobados en asambleas de socios mediante voto secreto y con la mayoría absoluta de sus miembros.

El sistema de recaudación de cuotas es libremente definido por cada asociación.

Es importante recalcar que de conformidad con la Ley de la Renta, estos ingresos para la asociación gremial no constituyen renta, de acuerdo al artículo 17 N° 12 del D.L. 825, y a su vez para el socio es un gasto aceptado si se dan los requisitos que el SII ha establecido para ello.

Por otra parte, las asociaciones gremiales no son contribuyentes de IVA, de manera que no es necesario facturar estos ingresos. Basta la entrega de un recibo que reúna características de seriedad para la acreditación de dicho aporte y su gasto correlativo.

Sobre el particular cito jurisprudencia administrativa del SII que clarifica suficientemente esta materia:

En materia de la consideración de las cuotas sociales como gasto:

> *"respecto del asociado que paga dichas cuotas, éstas constituyen un gasto aceptado tributariamente y, en consecuencia, pueden ser deducidas de la renta bruta de la Primera Categoría, en la medida que las referidas erogaciones se encuentren establecidas en los estatutos de la respectiva asociación; que tengan el carácter de general para todos los asociados, su monto se fije de acuerdo a ciertos parámetros de medición, y estén destinadas al cumplimiento de los fines propios de la asociación, los cuales deben estar claramente establecidos en sus estatutos dentro del objetivo principal de la entidad corporativa de que se trata, y en beneficio directo o indirecto del desarrollo y perfeccionamiento de las empresas asociadas".*

En materia de comprobación de dicho gasto:

> *"se expresa que las empresas afiliadas a las asociaciones gremiales respectivas, las cuotas que enteren a dichas entidades para el cumplimiento del requisito señalado en la letra e) del N° 3 precedente, se deben acreditar con los respectivos comprobantes de ingresos que deben emitir las asociaciones gremiales beneficiarias de las mencionadas cantidades, documentos que deben contar como mínimo con la individualización de las partes, monto de las cuotas pagadas, su calidad de ordinaria o extraordinaria, fecha de su aporte; documento que no requiere ser timbrado por este Servicio".*

Si desea revisar íntegramente este dictamen Ord. N° 6473, de 16.12.2003 del SII vea http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2003/renta/renta6473.doc[1]

[1] Ley sobre Impuesto a la Renta - Arts. 30 y 31 (Ord. N° 6473, de 16.12.2003). Situación tributaria de cuotas sociales enteradas a asociaciones gremiales.
1. Por presentación indicada en el antecedente, solicita una aclaración contable y tributaria de algunas dudas que se le presentan a diario en las gestiones que representa su giro de actividades, el cual es una asociación gremial.
Señala, qué efecto tributario y contable tiene para una empresa que realiza un aporte en dinero a su asociación gremial (cuota social ordinaria o extraordinaria), sea socia o no de su asociación gremial.
Agrega, que en el caso que el aporte que realiza una empresa a su asociación gremial fuese considerado como un gasto, qué documento deberían emitir para su correcta contabilización.
Expresa, por otra parte, que su asociación gremial intermedia recurso público de CORFO y de ProChile, los cuales cofinancian parte de los gastos correspondientes a diferentes iniciativas dirigidas a apoyar a las pymes de su sector. Estos subsidios, por consiguiente, los entregan contra la verificación del copago por parte de las empresas, del porcentaje que les corresponda en el uso de cada instrumento antes mencionado. En consecuencia, dicho aporte se hace a la cuenta de su asociación gremial.
En relación con lo antes expuesto, consulta cuál es el efecto tributario y contable que tiene para una empresa que realiza un aporte a su asociación gremial que cofinancia un proyecto, actividad o servicio

2.2. Obligación de llevar contabilidad y libros al día

De acuerdo a la ley, las asociaciones gremiales, federaciones y confederaciones están obligadas a llevar tanto libros de actas, en los que debe dejarse constancia de las decisiones colegiadas, como contabilidad.

---

patrocinado por su asociación gremial sujeto a subsidio, consultando, a su vez, si existe alguna diferencia en el tratamiento de este aporte de la empresa, con lo señalado en el párrafo segundo precedente.
2. Sobre el particular, cabe señalar en primer lugar, que este Servicio carece de competencia para pronunciarse respecto de las normas contables que los contribuyentes deben utilizar para contabilizar los activos, pasivos, ingresos o egresos que se deriven de las operaciones o actividades que desarrollan, puesto que tal materia está radicada en los organismos técnicos que tienen las facultades para ello. Sin perjuicio de lo anterior, el inciso primero del artículo 16 del Código Tributario establece que en los casos en que la ley exija llevar contabilidad, los contribuyentes deberán ajustar los sistemas de ésta y los de confección de inventarios a prácticas contables adecuadas, que reflejen claramente el movimiento y resultado de sus negocios.
3. Aclarado lo anterior, se señala que el inciso primero del artículo 31° de la Ley de la Renta dispone que la renta líquida se determinará deduciendo de la renta bruta todos los gastos necesarios para producirla que no hayan sido rebajados en virtud del artículo 30° de la misma ley, pagados o adeudados, durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante este Servicio.
En relación con lo anterior, se hace presente que el concepto de gasto necesario no ha sido definido por la Ley de la Renta, por lo que para la determinación de su sentido y alcance se debe recurrir al significado que respecto de dichas palabras contiene el Diccionario de la Lengua Española, texto que consigna en su segunda y tercera acepción que el término "necesario" denota aquello que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo, y también se utiliza en el sentido de lo que es menester, indispensablemente, o hace falta para un fin, contraponiéndose en este sentido a superfluo.
De lo anteriormente expuesto, este Servicio a través de diversos pronunciamientos emitidos sobre la materia, ha establecido que para que un gasto pueda ser calificado de necesario para producir la renta y, por consiguiente, susceptible de ser rebajado en la determinación de la renta líquida imponible de primera categoría, debe reunir los siguientes requisitos copulativos:
a) Que se relacione directamente con el giro o actividad que se desarrolla;
b) Que se trate de gastos necesarios para producir la renta, entendiéndose esta expresión en el sentido de lo que es menester, indispensable o que hace falta para un determinado fin, contraponiéndose a lo superfluo. En consecuencia, el concepto de gasto necesario debe entenderse como aquellos desembolsos de carácter inevitables u obligatorios, considerándose no sólo la naturaleza del gasto, sino que además su monto, es decir, hasta qué cantidad el gasto ha sido necesario para producir la renta del ejercicio anual, cuya renta líquida imponible se está determinando;
c) Que no se encuentren ya rebajados como parte integrante del costo directo de los bienes y servicios requeridos para la obtención de la renta;
d) Que el contribuyente haya incurrido efectivamente en el gasto, sea que éste se encuentre pagado o adeudado al término del ejercicio. De este modo, para el debido cumplimiento de este requisito, es menester que el gasto tenga su origen en una adquisición o prestación real y efectiva y no en una mera apreciación del contribuyente;
e) Por último, que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio de Impuestos Internos, es decir, el contribuyente debe probar la naturaleza, necesidad, efectividad y monto de los gastos con los medios probatorios de que disponga, pudiendo el Servicio impugnarlos, si por razones fundadas no se estimaren fehacientes.
4. Ahora bien, respecto de los aportes que efectúen las empresas afiliadas a las asociaciones gremiales se expresa que este Servicio ha establecido mediante algunos pronunciamientos que dichos desembolsos deben ser aceptados como gasto, y por ende, pueden ser deducidos de la renta bruta, en la medida que tales erogaciones estén establecidas en los estatutos de la asociación gremial respectiva, con caracteres de uniformidad y generalidad y siempre que se destinen al cumplimiento de los fines propios de la asociación, los cuales deben estar claramente establecidos en sus estatutos dentro del objeto principal de la entidad, y en beneficio directo o indirecto del desarrollo y perfeccionamiento de sus asociados.

Estos libros deben quedar a disposición de los afiliados y del MINECON, quien siempre puede solicitarlos para su revisión. Si en alguna revisión el Ministerio constatare hechos que revisten caracteres de delito lo denunciará al tribunal correspondiente. Si las irregularidades no fueren delitos, lo informará al directorio para que subsane los defectos constatados.

2.3. Balance anual

Asimismo, las asociaciones gremiales, federaciones y confederaciones deberán realizan anualmente un balance, el que deberá ser firmado por un contador y ser presentado a la Asamblea de Socios para su aprobación. Luego, quedará a disposición del MINECON.

Lo anterior es aplicable independientemente del hecho de que las cuotas que se erogan estén establecidas en calidad de ordinarias o extraordinarias, puesto que, como se señaló anteriormente, lo que interesa es que dichas erogaciones se encuentren previstas en los estatutos con caracteres de generalidad y uniformidad en los términos indicados precedentemente y vayan en beneficio de sus asociados. En otras palabras, respecto del asociado que paga dichas cuotas, éstas constituyen un gasto aceptado tributariamente y, en consecuencia, pueden ser deducidas de la renta bruta de la Primera Categoría, en la medida que las referidas erogaciones se encuentren establecidas en los estatutos de la respectiva asociación; que tengan el carácter de general para todos los asociados, su monto se fije de acuerdo a ciertos parámetros de medición, y estén destinadas al cumplimiento de los fines propios de la asociación, los cuales deben estar claramente establecidos en sus estatutos dentro del objetivo principal de la entidad corporativa de que se trata, y en beneficio directo o indirecto del desarrollo y perfeccionamiento de las empresas asociadas.

No ocurre lo mismo cuando se trata del pago de cuotas efectuadas por una empresa a una asociación gremial determinada respecto de la cual no se encuentra afiliada, atendido a que en la especie tal desembolso no reúne los requisitos que exige el artículo 31 de la ley del ramo y detallados en el N° 3 precedente, especialmente el señalado en la letra b) del citado numerando, para ser calificado de un gasto necesario para producir la renta de la empresa, ya que para el desarrollo de las actividades propias de la empresa no es indispensable que se encuentre afiliada a alguna asociación gremial, pudiendo dicha empresa prescindir del citado gasto, sin que esto afecte la generación de la renta respectiva.

Ahora bien, en el caso que Ud. plantea de empresas no asociadas que efectúan aportes a la asociación gremial, en el evento que ellos sean requeridos como condición para la obtención de los subsidios estatales que, según señala en su presentación, intermedia ese Instituto, considerando que tales subsidios constituyen ingresos de los contribuyentes que los obtengan, el aporte que así realicen puede ser considerado un gasto necesario para producir la renta, pues se cumpliría al respecto con la exigencia de existir la debida correlatividad entre los ingresos y los gastos para ser aceptados tributariamente, siempre que concurran los demás requisitos legales.

5. Finalmente, se expresa que las empresas afiliadas a las asociaciones gremiales respectivas, las cuotas que enteren a dichas entidades para el cumplimiento del requisito señalado en la letra e) del N° 3 precedente, se deben acreditar con los respectivos comprobantes de ingresos que deben emitir las asociaciones gremiales beneficiarias de las mencionadas cantidades, documentos que deben contar como mínimo con la individualización de las partes, monto de las cuotas pagadas, su calidad de ordinaria o extraordinaria, fecha de su aporte; documento que no requiere ser timbrado por este Servicio. Los mismos requisitos deberán cumplir los aportes que se efectúen en el caso señalado en el párrafo final del número anterior.

JUAN TORO RIVERA
DIRECTOR
OFICIO N° 6473, DE 16.12.2003
DEPTO. IMPTOS. DIRECTOS
SUBDIRECCION NORMATIVA

2.4. Revisores de cuentas

El D.L. 2.757 señala que las asociaciones gremiales deben contar con un órgano de control, sin establecer reglas específicas al respecto. En consecuencia, lo que normalmente ocurre es que los estatutos contemplen una Comisión Revisora de Cuentas, Inspectores de Cuentas, o auditores externos. La forma de elegirlos y su periodicidad deben definirla los mismos estatutos.

2.5. Tributación

Como toda persona jurídica, las entidades gremiales deben cumplir con las obligaciones tributarias de cualquier contribuyente de Primera Categoría, y en consecuencia deben declarar y pagar, si corresponde, impuesto a la renta.

Respecto del IVA, este dependerá exclusivamente de las actividades que realice, las cuales, si están afectas a este impuesto, deberá aplicarse.

En materia de patente comercial cobrada por el municipio, la actividad de la asociación gremial no tiene fines de lucro, de manera que está exenta. Sin embargo, dependiendo de las otras actividades que desarrolle la asociación gremial, si alguna de ellas es comercial, se verá expuesto al cobro de patente.

3. Órganos de administración de las entidades gremiales

3.1. Socios

Los miembros de una asociación gremial son sus socios, que como hemos señalado, pueden ser personas naturales o jurídicas. Las personas jurídicas requieren de un apoderado para que las represente ante la entidad.

3.1.1. Afiliación de nuevos socios

En general, la afiliación de nuevos socios se realiza conforme al procedimiento que el estatuto de cada asociación establezca.

Es importante tener presente que la afiliación de asociaciones gremiales a federaciones y de federaciones a confederaciones debe ser acordada por mayoría absoluta de sus miembros en asamblea de socios mediante votación secreta, tanto de la federación como de las asociaciones de base si corresponde.

3.1.2. La afiliación obligatoria está prohibida

Debe recordarse que la afiliación a una entidad gremial es libre y voluntaria, no pudiendo exigirse ésta para el ejercicio de ninguna actividad profesional. Es decir, en Chile no existe la colegiatura obligatoria, lo que está garantizado constitucional y legalmente.

3.1.3. Obligación de informar al MINECON el número de socios

Cada dos años, en el mes de marzo, cada asociación gremial, federación y confederación debe enviar información actualizada al MINECON sobre sus socios. La ley señala que debe informarse el número de socios, sin embargo el Ministerio está exigiendo nómina completa de dichos socios.

Esta obligación tiene por propósito mantener informadas a las autoridades si se cumple el requisito de número de afiliados para mantener la personalidad jurídica.

3.1.4. Asambleas ordinarias y extraordinarias

La voluntad de los socios se expresa en asambleas, las que pueden ser ordinarias y extraordinarias. Los estatutos normalmente prevén la época y materias que corresponde tratar en cada uno de este tipo de eventos. En dichas asambleas sólo pueden tratarse materias concernientes a la respectiva entidad. De lo tratado en las asambleas debe levantarse acta y llevar libros.

Nos referimos en el punto 1.5. a la obligación de toda asociación gremial de llevar libros de actas. Normalmente se llevan libros de actas de asambleas y libros de actas de directorios. La obligación de firmar las actas no viene de la ley, sino de la costumbre, por constituir una forma de prueba. Por ello, nada impide que los estatutos de la asociación dispongan la forma como se llevan estos libros y como se aprueban y firman las actas, como por ejemplo, por el presidente, el secretario o el gerente y 2 socios especialmente designados al efecto. Lo usual es que las actas de directorio las firmen todos los asistentes, y las de asamblea, si es muy grande el número de asistentes, sean firmadas por algunos especialmente designados al efecto.

3.2. El Directorio

Las asociaciones gremiales deben contemplar en sus estatutos los órganos de administración, ejecución y control de sus actividades. Normalmente un Directorio asume las responsabilidades de la administración de las actividades de la entidad, recayendo la ejecución en su presidente. Este por ley tiene la representación judicial y extrajudicial de la asociación. Pero también pueden

establecerse otras formas de ejecutar los actos que la asamblea o directorio decida –de acuerdo al ámbito de facultades de cada uno– como la Secretaría General o la Gerencia. En estos casos, se debe dotar de facultades específicas a estos funcionarios, mediante el otorgamiento de poderes.

3.2.1. Requisitos para ser director

El Directorio está compuesto por directores, quienes para ser elegidos deben cumplir ciertos requisitos:

a. Ser chileno, o extranjero residente por más de 5 años;
b. Ser mayor de 18 años;
c. Saber leer y escribir;
d. No haber sido condenado por crimen o simple delito;
e. No estar afecto a inhabilidades o incompatibilidades constitucionales o legales. Estas dicen relación con el ejercicio de otras actividades, como las políticas. De acuerdo con la Ley de Partidos Políticos, N° 18.603, es incompatible el cargo de dirigente gremial o sindical con el de miembro de un Consejo Nacional o Regional o Tribunal Supremo de un partido político. No existe tal incompatibilidad con los cargos de elección popular, como concejales, alcaldes, diputados, senadores, cuando no sean miembros de las instancias antes señaladas de los partidos políticos.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario comentar sobre este punto que la experiencia indica que la actividad gremial se ve resentida cuando sus dirigentes cumplen además funciones políticas, ya que se genera una natural asimilación de la tendencia y puntos de vista políticos respecto de los gremiales, los que no siempre son necesariamente coincidentes. Es importante que la asociación gremial y el dirigente, entonces, puedan manejar adecuadamente su conflicto de intereses.

3.2.2. Elecciones

Las elecciones de una asociación gremial, federación o confederación se deben realizar en la forma y oportunidad que cada estatuto señale.

El resultado de las elecciones y la nómina del nuevo directorio deben ser comunicados al MINECON. Esto es muy importante, ya que el representante legal de una asociación gremial es su presidente, lo cual debe poder certificar el Ministerio.

A la época de la dictación de la Ley N° 18.593 sobre Tribunales Regionales Electorales existía norma expresa respecto de la calificación de las elecciones de aquellos organismos cuyos miembros eran elegibles para constituir el Consejo

de Desarrollo Regional COREDE. Posteriormente este órgano fue transformado en el Consejo de Desarrollo, cuyos miembros son elegidos directamente, sin que las asociaciones gremiales puedan participar como tales, de manera que se interpretó que las elecciones de éstas no debían ser calificadas por dicho tribunal.

Sin embargo, hemos encontrado sentencias del Tribunal Regional Electoral Metropolitano que han sostenido que dada la relevancia de las asociaciones gremiales, sus elecciones deben ser calificadas. Consecuente con ello, la Unidad de Asociaciones Gremiales del MINECON está informando a las asociaciones gremiales que fiscaliza que las elecciones de cada asociación gremial deben ser informadas a los tribunales electorales respectivos dentro de 5 días de ocurridas, acompañando todos los antecedentes. Esta era la obligación que contenía el artículo 10 N° 1 de la Ley N° 18.593, cuya disposición, a nuestro juicio, está derogada en forma tácita al desaparecer los COREDES, como se señaló recién.

Lo que sí continúa vigente es la posibilidad de recurrir a esta instancia en caso de tener reclamaciones sobre las elecciones de sus asociaciones respectivas. Ello está expresamente contemplado en el artículo 10 N° 2 de la ley citada.

El procedimiento de reclamo es el siguiente: Los reclamos deben presentarse al Tribunal Regional Electoral correspondiente a la zona dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde el último escrutinio (normalmente el mismo día de la asamblea). Puede hacerlo cualquier persona que tenga interés en ello. Esta reclamación tiene algunas formalidades y requiere el patrocinio de un abogado, al igual que las demandas judiciales:

- individualización del reclamante (nombre, apellidos, profesión, RUT, domicilio);
- individualización del ente en el cual se realizaron la elecciones que se reclaman;
- exposición precisa y detallada de los hechos y circunstancias que motivan el reclamo;
- exposición de los fundamentos de derecho si los hubiere;
- enunciación precisa y clara de las peticiones que se someten al tribunal;
- deben acompañarse los antecedentes de que se disponga y solicitarse medidas probatorias.

Con estos antecedentes se inicia un verdadero juicio para la calificación de las elecciones gremiales. Señala la ley que si no se da cumplimiento a alguno de los requisitos formales, el tribunal puede rechazar de plano el reclamo. De la resolución o sentencia del tribunal, que debe ser fundada, sólo se dispone de recurso de reposición ante el mismo tribunal.

3.2.3. Responsabilidad de los directores

Los directores de asociaciones gremiales tienen responsabilidad en el ejercicio de su cargo. Dicha responsabilidad es solidaria entre ellos, es decir, el todo es exigible a todos y cada uno de los directores sin que puedan excusarse de preferencias para el cobro de lo que se les está exigiendo; y hasta la culpa leve, es decir, en su actividad como directores deben emplear el cuidado que un hombre emplea en sus negocios propios. La negligencia o falta de cuidado ordinario puede ser perseguida como responsabilidad civil en la administración del patrimonio de la asociación gremial.

Las decisiones del directorio deben constar en un libro de actas. Si un director desea salvar su responsabilidad respecto de algún acto o decisión de la asociación, debe dejar constancia de ello en el acta respectiva.

4. Disolución de las asociaciones gremiales

El D.L. 2.757 establece las causales de disolución de una asociación gremial. Estas son:

- acuerdo de la mayoría de los afiliados,
- cancelación de la personalidad jurídica, lo que sólo puede producirse por
- no subsanar las objeciones a la constitución de la A.G.
- disminución de socios necesarios para constituir la A.G. por más de 6 meses
- incumplimiento grave de las obligaciones estatutarias
- por estar en receso por más de un año
- por las causales que establezcan los estatutos.

El acto por el cual se declare la disolución debe ser publicado en el Diario Oficial.

Los bienes de la asociación deben destinarse al fin que los estatutos hayan dispuesto, y en ningún caso pueden repartirse entre los socios.

Una experiencia de examen de casos

Hugo Rosende Álvarez

Director del Departamento de Derecho Privado
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Resumen: El presente trabajo da cuenta de la experiencia crítica acerca de los beneficios e importancia del sistema de casos que sirven de evaluación en los examenes de grado en la Facultad de Derecho UDD.

* * *

1. En un esfuerzo por acercar a los alumnos al derecho práctico, nuestro Decano –profesor Pablo Rodríguez Grez– asumió la difícil tarea de preparar más de ciento cincuenta casos para que sirvan en la evaluación del examen de grado en Derecho Civil y eventualmente en Derecho Procesal, a los egresados que rinden este último control académico de derecho en nuestra Casa de Estudios Superiores.

Se ha procurado establecer con esa metodología de control una posición equidistante entre la enseñanza teórica impartida previamente en la carrera y la aplicación de ese conocimiento a situaciones fácticas.

2. En el diseño de los casos el señor Decano ha considerado la clasificación difundida por el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo, que distingue entre casos de control o examen y casos de enseñanza. En los primeros, se presenta un conflicto que debe resolverse conforme a derecho. En los segundos hay una descripción de una situación de hecho que se plantea a quien se examina sobre el caso, a lo que se debe responder de acuerdo con las normas jurídicas que rigen el asunto descrito en la consulta, a fin de *"encuadrar una situación de la realidad en el marco del derecho o definirla jurídicamente"*.

En el **examen de casos** se privilegia la relación de materias a fin de encontrar una respuesta adecuada al conflicto que se plantea.

En los **casos de enseñanza** se procura identificación de figuras jurídicas relevantes en él.

La utilización del examen de casos y el empleo de los casos de enseñanza permiten superar la docencia fraccionada del derecho, cuyo resultado ha sido que los alumnos olviden las materias aprobadas en cursos anteriores y carezcan de una visión global y coherente del derecho en sus diferentes ramas, a base de principios extraídos del derecho positivo vigente.

3. La aplicación de casos ha servido –desde hace cierto tiempo hasta la fecha– para la evaluación de los alumnos en la licenciatura, quedando ésta estructurada con tres ramos: la cédula en Derecho Constitucional, compuesta de una disertación del postulante y un interrogatorio sobre la materia de la cédula; el control y análisis del caso propuesto en el Derecho Civil junto al cuestionario sobre el asunto envuelto en la situación planteada y, finalmente, el examen de Derecho Procesal, que puede aprovechar el caso de Derecho Civil para los fines de los procedimientos judiciales que se pueden utilizar en lo contencioso civil o en lo penal, o bien optar por un examen teórico de contenidos.

Para ilustrar la manera cómo opera el control de casos en el examen de grado pasaremos a mostrar la forma de desarrollo de algunos de ellos, los que han sido escogidos del elenco de los más de 150 ya mencionados.

4. El postulante recibe la redacción del caso y las cinco preguntas que debe responder en relación a la materia allí tratada. La metodología que debería seguir el egresado para contestar satisfactoriamente las preguntas aparejadas al caso consiste en extraer las figuras jurídicas que destacan en el relato. Enseguida, es conveniente que pueda esquematizar los distintos elementos que ofrecen las situaciones de hecho contenidas en el caso. Cumplido lo anterior, el alumno estará en condiciones de dar respuesta al cuestionario que se le formula en su examen.

5. Como una forma de abordar este tipo de exámenes, indicaremos a continuación distintos ensayos o ejercicios para analizar los casos de control en la licenciatura, sin que esta propuesta de trabajo sea única u obligatoria para quienes deseen enfrentarlos. Se trata sólo de una ayuda, pero abierta a otras metodologías que se adapten mejor a cada postulante.

Caso primero

Relato

Don Efraín Alvear Donoso, dueño de un garaje mecánico y una compraventa de automóviles, quedó, a mediados del mes de febrero de 2010, retenido en España por dificultades legales, dejando su garaje y establecimiento comercial cerrados. Ante esta situación su hermano Mario Alvear Donoso se hizo cargo del negocio. En el mes de abril de 2010 regresó al país Efraín Alvear Donoso, reclamando contra su hermano por haber intervenido en sus negocios, negándose a cumplir los compromisos asumidos por Mario Alvear Donoso y a pagarle importantes expensas necesarias, tales como arreglos en la estructura de los locales a fin de impedir que se desplomaran por efecto del sismo del 27 de febrero.

Figura jurídica

- Agencia oficiosa.

Esquema del caso primero

Efraín Alvear Donoso, dueño de un garaje mecánico y una compraventa de automóviles, quedó retenido en España, dejando su garaje y establecimiento comercial cerrados.

En la situación descrita, don Mario Alvear Donoso, hermano de don Efraín, se hizo cargo del negocio.

En abril de 2010 regresó al país Efraín Alvear Donoso, reclamando contra su hermano por haber intervenido en sus negocios.

Se negó a cumplir los compromisos asumidos por Mario Alvear Donoso y a pagarle importantes expensas necesarias.

Preguntas

1. Señale de qué grado de culpa responde Mario Alvear Donoso.

R. *Se trata de una agencia oficiosa, en que el agente debe emplear la diligencia de un buen padre de familia (art. 2288 C.C.), en armonía con los arts. 1547 y 44 del C.C.*

La responsabilidad del gerente podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión:

- *Si se hizo cargo del negocio para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y*

- *si ha tomado voluntariamente la gestión, responde de la culpa leve, salvo que se haya ofrecido a ella, impidiendo que otros lo hiciesen, pues en este caso responde hasta la culpa levísima (artículo 2288 del C.C.).*

La respuesta a la pregunta será que el gerente responde de culpa leve, salvo que se acrediten circunstancias especiales que justifiquen una mayor o menor responsabilidad en los términos del artículo 2288 del C.C.

2. Indique si puede Mario Alvear Donoso obligar a su hermano Efraín Alvear a cumplir las obligaciones asumidas por él respecto de terceros en esta administración.

R. *Sí, el agente puede exigirle al interesado cumplir las obligaciones contraídas en la agencia oficiosa, sujeto a que el negocio haya sido bien administrado (art. 2290 del C.C.).*

3. Señale si puede Mario Alvear Donoso cobrar las mejoras introducidas en los inmuebles de su hermano.

R. *Sí, porque el interesado debe reembolsar las expensas o mejoras útiles o necesarias (art. 2290 del C.C.) en armonía con los arts. 908 y ss. del C.C.*

4. Indique si tiene derecho Mario Alvear a cobrar honorarios por su gestión.

R. *El interesado no está obligado a pagar salario alguno al gerente (art. 2290 del C.C.).*

5. Señale si debe Mario Alvear rendir cuenta de su intervención y, en tal caso, qué efecto se produce.

R. *El gerente no puede intentar acción alguna contra el interesado, sin que preceda una cuenta regular de la gestión con documentos justificativos o pruebas equivalentes (art. 2294 del C.C.).*

Caso segundo

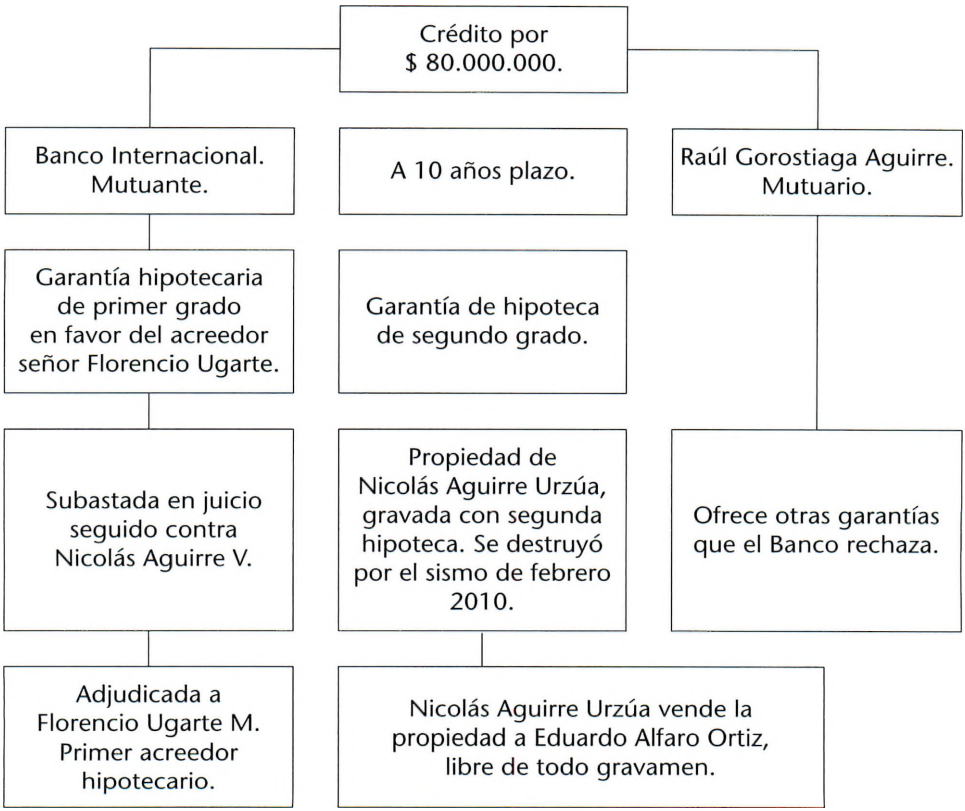
Relato

Don Raúl Gorostiaga Aguirre, en septiembre de 2009, pidió un crédito por la cantidad de $80.000.000 al Banco Internacional, a diez años plazo, el cual fue concedido y garantizado con una hipoteca de segundo grado sobre una propiedad de su primo Nicolás Aguirre Urzúa. Como la propiedad quedara destruida por efecto del sismo de febrero de 2010, el propietario, Nicolás Aguirre Urzúa, la vendió a Eduardo Alfaro Ortiz, declarando en la escritura que se vendía libre de todo gravamen. Ante esta situación Raúl Gorostiaga Aguirre ofreció al Banco otras garantías, que fueron rechazadas. Entretanto, la propiedad fue subastada judicialmente en juicio seguido contra Nicolás Aguirre Urzúa y adjudicada a Florencio Ugarte Maldonado, primer acreedor hipotecario del inmueble.

Figuras jurídicas

- Operación de crédito de dinero.
- Hipoteca.
- Compraventa.
- Subasta de la finca hipotecada.

Esquema del caso segundo



Preguntas

1. Señale cuál es la situación jurídica del Banco Internacional respecto del crédito concedido a Raúl Gorostiaga Aguirre.

R. *Después de subastada la finca hipotecada y de haberse adjudicado ésta al primer acreedor hipotecario con cargo a su crédito, el Banco conserva su segunda hipoteca sobre la propiedad subastada. Ello porque el Banco Internacional no fue notificado del remate de la primera hipoteca (art. 2428 C.C.).*

2. Indique por qué razón Raúl Gorostiaga Aguirre se adelantó a ofrecer al Banco otras garantías en substitución de la hipoteca.

R. Porque la pérdida o deterioro de la finca hipotecada da derecho al acreedor para exigir que se mejore la hipoteca o consienta en que se le dé otra seguridad equivalente. En defecto de ambas, podrá el Banco demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo (art. 2427 C.C.).

3. Señale si pudo Florencio Ugarte Maldonado subastar la propiedad, no obstante no haber notificado al Banco Internacional y en qué situación queda don Eduardo Alfaro Ortiz, comprador del inmueble.

R. Sí, pudo subastar la propiedad, pero subsiste la segunda hipoteca por no haberse notificado al Banco Internacional. Don Eduardo Alfaro sufre evicción de la finca comprada y puede reclamar el saneamiento a su vendedor. En definitiva, para exigirle el pago de las partidas indicadas en el art. 1857 del C.C.

4. Indique si puede el Banco Internacional demandar personalmente a Nicolás Aguirre Urzúa.

R. No, porque no se obligó personalmente al pago de la obligación, sino que se limitó a constituir segunda hipoteca sobre un bien raíz de su propiedad.

5. Señale qué sucede si, una vez subastada la propiedad, Nicolás Aguirre Urzúa paga la deuda al Banco Internacional.

R. En este caso se subroga en los derechos del acreedor en los términos del art. 1610 N° 1 del C.C., ocupando su lugar jurídico, esto es, como segundo acreedor hipotecario.

Caso tercero

Relato

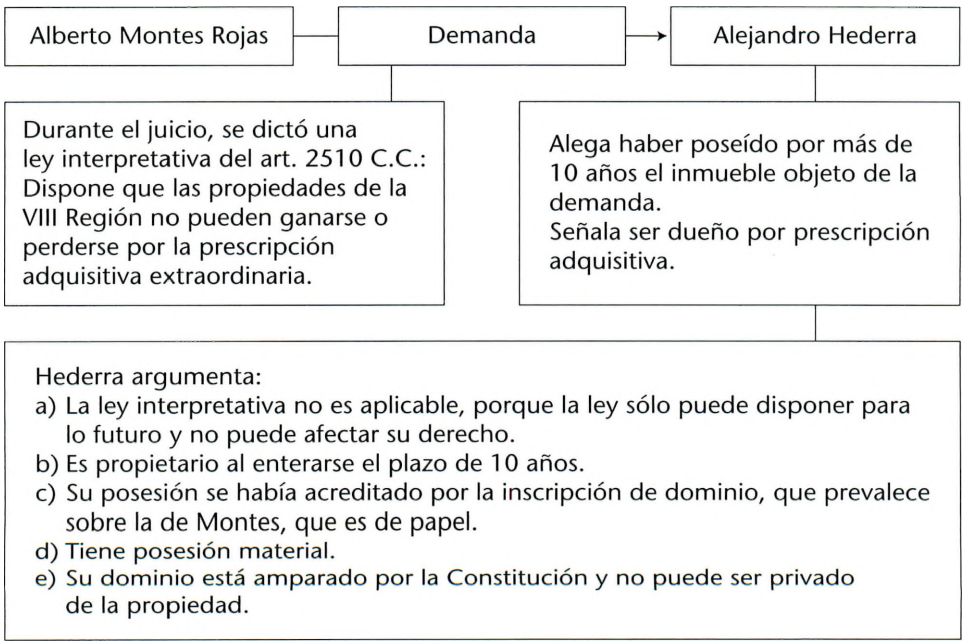
Don Alberto Montes Rojas había interpuesto una demanda en contra de don Alejandro Hederra Gundián sobre el dominio de un inmueble del que era poseedor, ubicado en la VIII Región, que sostenía haber poseído por más de 10 años, siendo dueño por prescripción. Durante el juicio se dictó una ley interpretativa del artículo 2510 del Código Civil, que disponía que las propiedades de la VIII Región no estaban sujetas a ganarse o perderse por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria. Don Alejandro Hederra Gundían sostuvo en el juicio que esta ley interpretativa no era aplicable, porque la ley sólo podía disponer para lo futuro y no podía afectar su derecho; porque él era propietario por

prescripción desde el momento de haberse enterado el plazo de diez años fijado en el Código Civil; porque su posesión se había acreditado por medio de una inscripción de dominio que primaba por sobre la inscripción de Alberto Montes, que calificaba de "inscripción de papel"; porque el inmueble cuya prescripción reclamaba estaba en su poder, y porque su derecho estaba amparado por la Constitución y no podía ser privado de la propiedad.

Figura jurídica

- Acción reivindicatoria.
- Prescripción adquisitiva.
- Ley interpretativa
- Prevalencia de la tenencia material de la cosa entre poseedores inscritos.

Esquema del caso tercero



Preguntas

1. Señale si, a su juicio, puede dictarse una ley interpretativa, disponiendo una modificación sustancial al artículo 2510 del Código Civil y qué alcance tiene que ella tenga este carácter (interpretativa).

R. *No puede dictarse esta "ley interpretativa", porque no tiene este carácter, ya que no se limita a declarar el sentido y alcance de la ley interpretada.*

Por el contrario, cambia fundamentalmente el texto del artículo 2510 del C.C., lo que hace que sea una ley modificatoria del Código Civil y, por lo mismo, debe regir hacia el futuro (art. 9°, inciso 1°, del C.C.).

Si se trata de una ley interpretativa, se entiende incorporada a la ley interpretada pero no puede afectar los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (art. 9°, inciso 2°, del C.C.).

2. Señale si don Alejandro Hederra Gundián era dueño del inmueble al interponerse la demanda, como sostenía, por prescripción adquisitiva.

R. *No, por las siguientes razones:*
a) *La prescripción debe ser alegada (art. 2493 C.C.);*
b) *El artículo 689 exige sentencia ejecutoriada para reconocer el dominio adquirido por prescripción;*
c) *El artículo 2513 dice que la sentencia que declara la prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces;*
d) *Los arts. 689, 2513 del C.C. y 52 del Reglamento del Conservador exigen la inscripción de la sentencia con un triple objetivo:*

d.1) para colocar el inmueble bajo el régimen de la propiedad inscrita.
d.2) para mantener la historia de la propiedad raíz, y
d.3) para que la sentencia produzca efectos contra terceros.

3. Indique si es efectiva la alegación de que existiendo dos inscripciones paralelas, prima la que corresponde a quien tiene la tenencia material del inmueble.

R. *El artículo 925 del C.C. reglamenta la prueba de posesión del suelo mediante hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Este precepto complementa la posesión mediante la sola inscripción y por lo tanto hace prevalecer la posesión de aquel que reúne inscripción y tenencia material sobre aquél que sólo cuenta con la inscripción.*

4. Indique en qué patrimonio estaba radicado el inmueble al momento de deducirse esta demanda.

R. *De los antecedentes, se infiere que el demandante era el dueño no poseedor del inmueble. Por consiguiente, ha de entenderse que en su patrimonio estaba radicado el inmueble.*

El demandado –señor Hederra– aparece como poseedor del inmueble cuyo dominio no se le ha reconocido por sentencia ejecutoriada, fundada en la prescripción adquisitiva. En consecuencia, él solamente es poseedor y no dueño del inmueble.

5. Señale qué importancia tiene, en este caso, lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

R. Ninguna, porque puede privarse al dueño del bien de su propiedad por la prescripción adquisitiva. Este modo de adquirir el dominio importa una sanción al propietario negligente en defender su derecho o significa que por haberse mantenido en una posición pasiva sin defender su dominio, ha renunciado a sus derechos sobre la cosa poseída por el tercero no dueño (art. 2494).

Caso cuarto

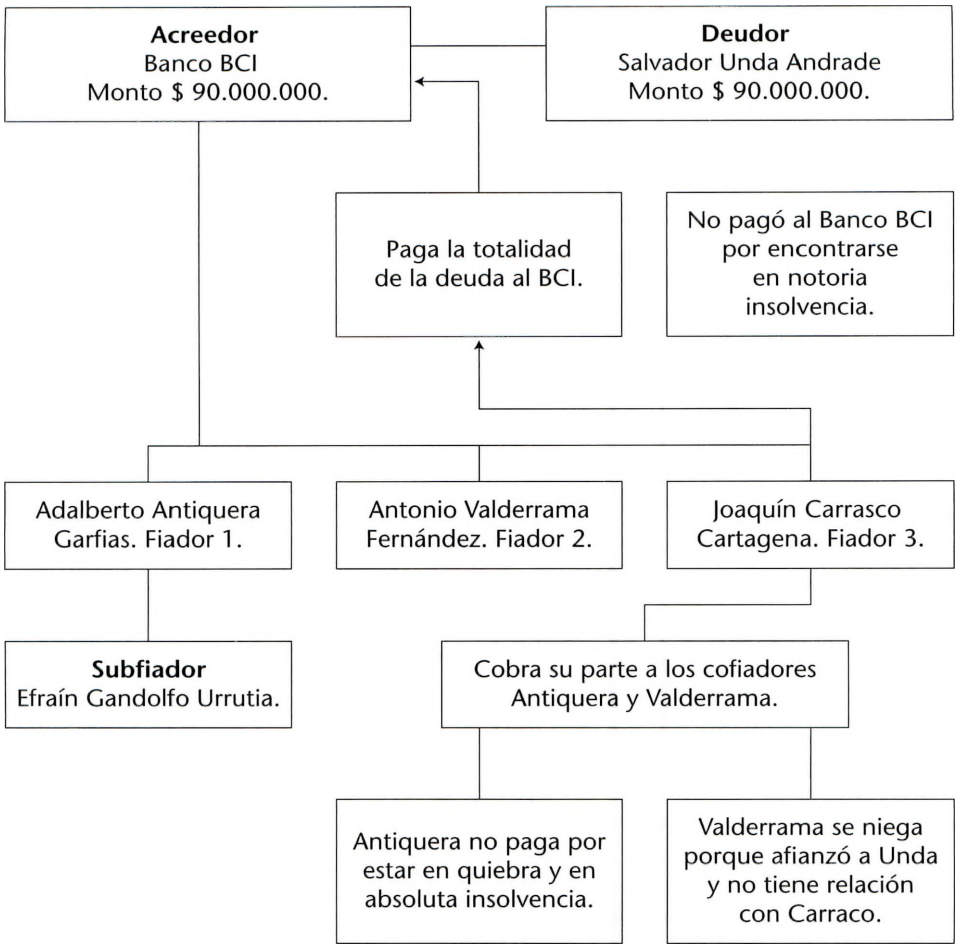
Relato

Don Adalberto Antiquera Garfias, don Antonio Valderrama Fernández y don Joaquín Carrasco Cartagena se constituyeron fiadores, por iguales partes, de un crédito de $90.000.000 de don Salvador Unda Andrade para con el Banco BCI. A su vez, don Efraín Gandolfo Urrutia se constituyó subfiador de don Adalberto Antiquera. Como don Salvador Unda Andrade no pagara el crédito, por hallarse en estado de notoria insolvencia, uno de los fiadores, Joaquín Carrasco Cartagena, pagó la totalidad del crédito, solicitando a los demás fiadores (Adalberto Antiquera Garfias y Antonio Valderrama) que cada uno de ellos le restituyera un tercio de lo cancelado. Adalberto Antiquera se excusó, ya que estaba en quiebra y era absolutamente insolvente. Por su parte don Antonio Valderrama se negó señalando que él había afianzado a don Salvador Unda y no tenía relación alguna con Joaquín Carrasco Cartagena.

Figura jurídica

- Fianza.
- Subfianza.
- Contribución a la deuda.

Esquema para el caso cuarto



Preguntas

1. Señale si pueden constituirse tres fiadores respecto de un mismo crédito y, en tal caso, hasta dónde se extiende la responsabilidad de cada uno de ellos.

R. *El art. 2367 dice: si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.*

2. Indique si el pago hecho por don Joaquín Carrasco Cartagena produce algún efecto respecto de Adalberto Antiquera Garfías y Antonio Valderrama.

R. El art. 2378 dice que el fiador que paga más que lo que proporcionalmente le corresponde es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores.

3. Indique si puede Joaquín Carrasco Cartagena cobrar lo pagado en exceso a don Efraín Gandolfo Urrutia.

R. El art. 2380 dice: que en caso de insolvencia del fiador, el subfiador es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores.

4. Señale qué efecto produce el pago realizado por don Joaquín Carrasco Cartagena respecto del deudor Salvador Unda Andrade.

R. Extingue la obligación para con el acreedor, el Banco BCI, y se subroga por el ministerio de la ley en los derechos del acreedor (art. 1610 N° 3).

5. Indique si es efectiva la alegación de que entre Joaquín Carrasco Cartagena y Antonio Valderrama no existe relación jurídica alguna de la cual emane algún efecto jurídico.

R. No, no es efectiva. El art. 2378 da cabida a la subrogación personal del fiador que paga para cobrar el exceso a los cofiadores.

Caso quinto

Relato

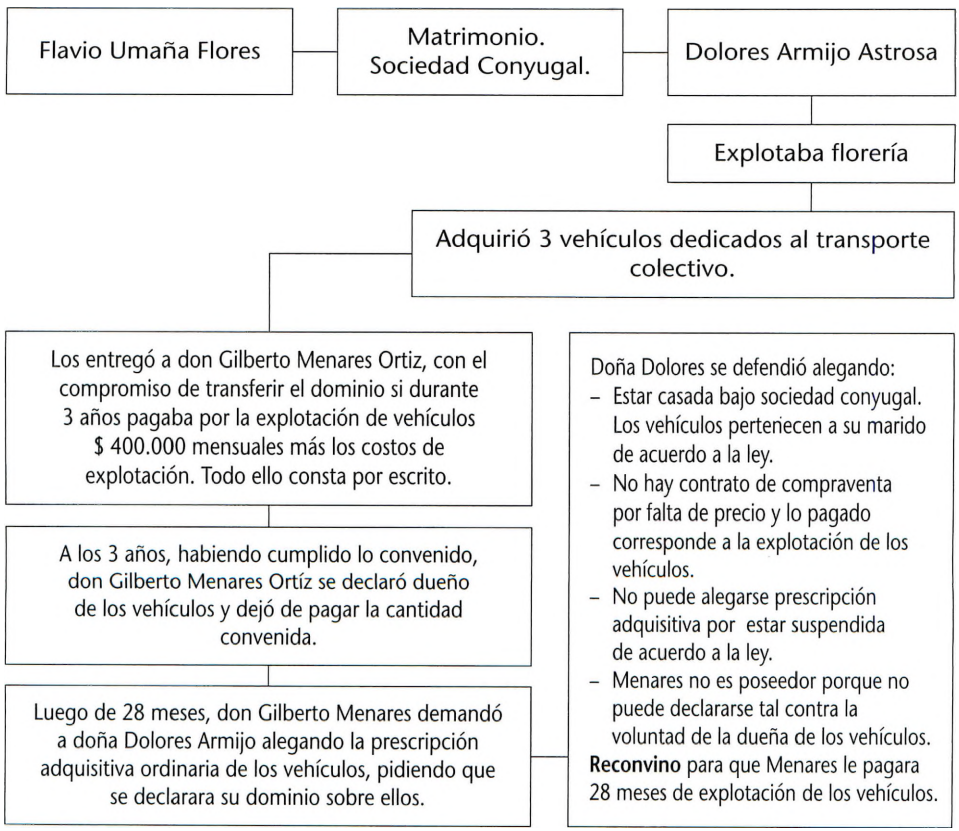
Doña Dolores Armijo Astrosa, casada con don Flavio Umaña Flores, bajo el régimen de sociedad conyugal, explotaba una florería. Con los recursos obtenidos adquirió tres automóviles dedicados al transporte colectivo, los cuales entregó a don Gilberto Menares Ortiz con el compromiso de transferir el dominio si durante tres años pagaba, por la explotación de estos vehículos, la cantidad de $400.000 mensualmente más los costos de explotación, de todo lo cual se dejó constancia escrita. Al cabo de tres años, habiéndose dado cumplimiento a lo convenido, don Gilberto Menares Ortiz se declaró dueño y dejó de pagar la cantidad convenida. Luego de 28 meses, don Gilberto Menares dedujo demanda en contra de Dolores Armijo Astrosa, alegando la prescripción adquisitiva ordinaria de los vehículos y pidiendo que se declarara su dominio sobre ellos. Doña Dolores Armijo Astrosa alegó, por su parte, que estaba casada bajo el régimen de sociedad conyugal y que se trataba de bienes ajenos pertenecientes, de acuerdo a la ley, a su marido; que no había contrato de compraventa porque no se había fijado el precio de los vehículos, puesto que el pago mensual correspondía a la explotación de los mismos; que no

podía alegarse a su respecto la prescripción, porque ella estaba suspendida conforme la ley; y que Gilberto Menares Ortiz no era poseedor porque no podía declararse como tal contra su voluntad. Además, dedujo demanda en contra de Gilberto Menares Ortiz para que éste le pagara por la explotación de vehículos durante los últimos 28 meses.

Figuras jurídicas

- Matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal.
- Patrimonio reservado de la mujer casada.
- Compraventa.
- Promesa.
- Contrato atípico.
- Prescripción adquisitiva – suspensión de la prescripción.
- Mera tenencia.
- Posesión.

Esquema del caso quinto



Preguntas

1. Señale quién es, a su juicio, el dueño de los vehículos.

R. Dolores Armijo es la dueña de los vehículos y forman parte de su patrimonio reservado.

2. Señale qué calidad tenía Gilberto Menares respecto de los automóviles al momento de iniciarse su explotación.

R. Era mero tenedor, porque reconocía el dominio de doña Dolores Armijo sobre los vehículos.

3. Indique si Gilberto Menares Ortiz se transformó en poseedor al cabo de los tres años de explotación.

R. No, porque la mera tenencia es indeleble y no se transforma en posesión salvo el caso del art. 2510 regla 3ª del C.C.

4. Indique si existió contrato de compraventa entre Dolores Armijo Astrosa y Gilberto Menares Ortiz.

R. No, faltó el precio.

5. Indique si la prescripción estaba suspendida a favor de Dolores Armijo Astrosa por el hecho de estar casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

R. No hay suspensión de la prescripción, porque hay un régimen de separación legal parcial por el de patrimonio reservado de la mujer casada (art. 2509 penúltimo inciso del C.C.).

Conclusiones

a) Debe existir especial cuidado en respetar la distinción entre casos de evaluación y casos de docencia, evitando incurrir en la confusión de enseñar con casos de evaluación o de examinar sobre la base de casos de enseñanza.

b) El examen de casos importa el cumplimiento de ciertos presupuestos por parte del postulante, que son:

b.1) El conocimiento teórico de las materias comprendidas en el caso.

b.2) La capacidad de seleccionar las normas legales que sirven de fundamento al consejo que dé el abogado sobre cómo se debe proceder en el asunto que se consulta.

b.3) La destreza para vincular los hechos propuestos en el caso con la norma jurídica respectiva que regula esa materia, para crear –mediante la interpretación jurídica– una regla particular que dé respuesta al problema planteado.

c) El **examen de casos** constituye una instancia necesaria a la vez que un estímulo potente para incorporar en la docencia la **enseñanza de casos**, concebida como un complemento de las clases teóricas, dando así a los estudiantes una visión más cercana del derecho con la realidad, permitiendo que ellos también sean evaluados conforme a la metodología de docencia que se imparte.

Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas[1]

Francisco Pfeffer Urquiaga
Profesor de Derecho, Economía y Mercado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: La ley N°20.382, publicada en el Diario Oficial el 20 de octubre del año 2009, con vigencia a partir del 1° de enero de 2010, introdujo importantes modificaciones a la ley de Mercado de Valores (LMV) y a la ley de Sociedades Anónimas (LSA), entre otras materias, en lo relacionado a los deberes informativos que recaen en accionistas, directores, gerentes, ejecutivos principales y administradores, además de haber precisado en algunos aspectos el concepto de información privilegiada y los deberes de conducta de quienes conocen este tipo de información. En este artículo se abordarán las principales reformas introducidas por la citada ley en los aspectos mencionados.

* * *

1. La información en el mercado de valores

Es un punto pacifico entre los entendidos concordar en la importancia que tiene la información en la actividad económica.

Más aún, en cuanto a la gran trascendencia que ella tiene en el funcionamiento del mercado de valores y más específicamente en el mercado accionario.

Se sabe que el mercado de valores en general y el accionario en particular sólo funcionan eficientemente cuando la información disponible sobre un título se divulga en forma veraz, suficiente y oportuna, de manera tal que aquella se pueda internalizar e incorporar rápidamente al precio del papel.

[1] Disponible en www.pfeffer.cl

Se sabe también que el objeto transado en estos mercados son sólo papeles. Títulos representativos de deuda, de capital, opciones, productos derivados y en general promesas de pago.

Por ser sólo papeles, el valor de los mismos depende de la capacidad de los agentes económicos de anticipar los eventos y flujos futuros asociados a los mismos, la que a su vez está directamente vinculada a la información disponible sobre el emisor de esos papeles y sus negocios.

En los títulos accionarios el nexo que vincula *"valor"* con *"precio"* es sólo la información disponible sobre ellos. En sentido económico el valor es incognoscible en su forma pura; sólo disponemos de información que permite estimarlo. Luego, cualquiera alteración o distorsión en el nexo comunicante entre el valor y el precio del titulo, afectará a este último. Se trata de una mecánica implacable: dado un precio, la aparición de información nueva determina rápidamente una correspondiente asignación de valor y por tanto de un nuevo precio.

Por consiguiente y dado que el precio de los papeles depende de los eventos futuros asociados a los mismos, los que a su vez se relacionan directamente con la información disponible del emisor de esos papeles y sus negocios, es de la mayor importancia asegurar que la información que fluya del emisor al mercado lo sea de un modo veraz, suficiente y oportuno.

Cuando ello ocurre todos los agentes de mercado que transan valores al precio que refleja la información disponible sobre el papel, lo hacen con la plena convicción de que el precio que han pagado o recibido recoge toda la información que es capaz de afectar el valor de ese título.

Si el mercado funciona del modo indicado, esto es, permitiendo que la información se internalice rápidamente al valor del título y se exprese en el precio de éste, es imposible que se produzcan trasvasijes o extracciones de riqueza, ya que cada agente participante en el mercado lo hace con la plena convicción de que el precio pagado o recibido expresa la información capaz de afectar su valor. Por el contrario, si la información no se divulga al mercado, o sólo algunos participantes en él la conocen, es claro que las decisiones de inversión o desinversión no se adoptarán en un pie de igualdad entre los diversos agentes que operan en este. En esta hipótesis, el mercado funciona de un modo ineficiente, permitiendo trasvasijes y extracciones de riqueza desde aquellos que ignoran o no conocen la información hacia aquellos que sí la manejan. En este caso, los inversores pierden la certeza de que el mercado permite una interactuación eficiente y equitativa entre los diversos compradores y vendedores, por lo que se retiran del mismo.

Recogiendo estas ideas, los diversos autores que se han ocupado del tema han destacado como los grandes pilares que permiten un funcionamiento eficiente del mercado de valores, los siguientes:

a) Fe pública (quizás con mayor propiedad "Fe del público"): esto es, la generalizada convicción de tratarse de un mercado regular y confiable, es determinante para que los distintos agentes participen en él y crean en sus mecanismos.

b) Igualdad entre los inversores: esto es, que existe la plena certeza de que las decisiones que adoptan los agentes del mercado se basan en el mismo nivel de información, a fin de evitar asimetrías entre aquellos.

e) Información plena y veraz: esto es, que exista la plena convicción de que la información que se divulga y comunica se basta a sí misma, en términos de proporcionar la cantidad necesaria de antecedentes como para comprender cabalmente la magnitud del hecho informado, al punto que ello permita a los agentes de mercado evaluar los efectos que ese hecho podría provocar en sus decisiones de inversión; y que la información que se divulga y comunica sea efectivamente veraz, esto es, que exista una total conformidad entre el hecho conocido y el divulgado;

d) Transparencia: esto es, la existencia de un conjunto de mecanismos que permitan conocer, en cada momento en el tiempo, los datos básicos de las operaciones realizadas y que van determinando el valor y precio de los papeles que circulan en los mercados.

Se trata de garantizar a los inversores y al público en general el acceso a información confiable y suficiente sobre las distintas circunstancias susceptibles de afectar la negociación y el precio de los títulos accionarios; de asegurar que los distintos operadores de un mercado de valores tengan el derecho a que todas sus decisiones de inversión o desinversión se hagan en un plano de igualdad, en términos de que todos ellos puedan acceder de un modo simétrico a los mismos niveles de información que determinan el valor y precio de los títulos valores que se transan; en fin, de garantizar que los precios de los títulos internalicen toda la información que los pueda afectar.[2]

[2] La Excma. Corte Suprema, en sentencia de casación de 27 de octubre de 2005, dictada en los autos rol N°4930-04 –caso Banco de Chile–, declaró en el considerando N° 18 *"...como asimismo es necesario realizar un somero análisis al valor de la información, de cualquier tipo, en el campo accionario, y para dicho propósito debe señalarse que ella es básica para el correcto funcionamiento del mercado de valores, pues la información tiene directa incidencia en el precio de los instrumentos accionarios, puesto que si no existe información suficiente en el mercado o la que existe no se divulga, o solo algunos de los inversores la conocen, sus decisiones de compra o venta de acciones se adoptan con ventaja respecto del resto de ellos".*

En el propósito de perfeccionar aun más los diversos mecanismos que aseguren mayor y mejor flujo de información al mercado, la Ley N° 20.382 incorporó y agregó nuevos deberes informativos. En Mensaje del Ejecutivo ya se indicaba que el propósito del proyecto era aumentar el flujo de información al mercado, permitiendo al regulador y a los accionistas una mejor supervisión y evaluación de la empresa. De igual modo, se precisaba que el deber de no abusar de la información privilegiada no podía quedar sólo entregado a la autoridad, ya que es en directo interés de los accionistas de la empresa de que ello no ocurra.[3]

2. Nuevos deberes informativos y sujetos obligados

A los ya numerosos deberes informativos dispersos en la LMV y en la LSA, la Ley N° 20.382 agregó un buen número.

Los deberes informativos regulados en la LMV y en la LSA se pueden sistematizar y agrupar según sea la persona que resulte obligada por el mismo.

a) Deberes informativos de los accionistas

La norma anterior imponía a las personas que directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas posean el 10% o más del capital suscrito de una sociedad cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro de Valores, o que a causa de una adquisición de acciones lleguen a tener dicho porcentaje, el deber de informar a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) y a cada una de las bolsas de valores del país en que la sociedad tenga valores registrados para su cotización, de toda adquisición, directa o indirecta o enajenación de acciones que efectúen de esa sociedad, dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes al de la transacción o transacciones respectivas.

La norma actual amplía esta obligación y ahora tales personas también deben informar toda adquisición o enajenación que efectúen de contratos o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichas acciones, a más tardar al día siguiente en que se ha materializado la operación.

De consiguiente, tales personas deberán informar ahora la adquisición o enajenación de contratos de opciones, productos derivados y en general de cualquier otro instrumento cuyo precio se determine, dependa o esté condicionado al precio de las acciones de que son propietarios. La conducta de accionistas mayoritarios en cuanto a compra o enajenación de valores es una cuestión que el mercado valora y sigue.

[3] Mensaje del Ejecutivo, Boletín N° 563-355, de 28 de agosto de 2007.

Como señal, no es indiferente lo que tales personas hagan o dejen de hacer respecto de los valores de que son propietarios.

De allí que esta nueva obligación contribuye a generar mayores flujos de información y de mejor calidad, lo que permitirá un mayor y mejor conocimiento sobre las decisiones de inversión o desinversión que adopten los accionistas mayoritarios.

Se mantuvo la exigencia introducida por la Ley N° 19.705[4] de que estos mismos accionistas mayoritarios deben informar si las adquisiciones que han realizado obedecen a la intención de adquirir el control de la sociedad, o si dicha adquisición sólo tiene el carácter de inversión financiera.

b) Deberes informativos de directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores

La norma anterior imponía a directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores, cualquiera sea el número de acciones que posean, el deber de informar a la Superintendencia y a cada una de las bolsas de valores del país en que la sociedad tenga valores registrados para su cotización, de toda adquisición, directa o indirecta o enajenación de acciones que efectúen de esa sociedad, dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes al de la transacción o transacciones respectivas.

Dada la importancia de los cargos que tales personas ocupan en la administración de la empresa, la ley no establecía –ni establece– la exigencia de poseer un número mínimo de acciones para que nazca el deber de informar transacciones sobre acciones de ese emisor.

La norma actual amplía esta obligación y ahora tales directivos [5] también deben informar toda adquisición o enajenación que efectúen de contratos o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichas acciones, a más tardar al día siguiente en que se ha materializado la operación, en los mismos términos en que existe esta obligación para los accionistas, explicada en lo precedente.

Completamente nueva es la obligación de directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como de las entidades controladas directa o indi-

[4] Un estudio más completo sobre las reformas introducidas por la Ley N° 19.705 puede consultarse en PFEFFER URQUIAGA, Francisco, y PFEFFER URQUIAGA, Germán (2002), *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales* (Santiago, LexisNexis), Tomo I.

[5] En lo sucesivo, cada vez que se emplee la expresión "directivos", nos estamos refiriendo a lo que la ley denomina como directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores.

rectamente por ellos, de informar a las Bolsas de Valores (BV) en que el emisor se encuentre inscrito sobre su posición en valores de éste y de las entidades del grupo empresarial de que forme parte.

La obligación de informar está referida a la posesión de valores y no necesariamente a la propiedad sobre los mismos. Queda incluido aquí el deber de informar los préstamos de acciones que recibe el directivo o la posesión sobre los mismos, cualquiera sea el título que lo habilite para poseer. Se extiende el deber de informar la posesión de valores respecto de todos aquellos que lo sean de emisores del mismo grupo empresarial de que forme parte el emisor en el que se es directivo.[6] Esta información se deberá proporcionar dentro de tercer día hábil cuando las personas asuman su cargo o sean incorporadas al registro público de ejecutivos principales,[7] cuando abandonen el cargo o sean retiradas de dicho registro, así como cada vez que dicha posición se modifique en forma significativa.

Es también una novedad en la LMV la obligación que pesa sobre directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como de las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, de informar mensualmente y en forma reservada al directorio o al administrador del emisor, la posición que aquellos tengan en valores de los proveedores, clientes y competidores más relevantes de la entidad, incluyendo aquellos valores que posean a través de entidades controladas directamente o a través de terceros.

En este caso el receptor de la información no es el mercado ni el público, sino que el directorio del emisor o quien administre al emisor. Es el directorio el que debe calificar cuándo concurre la exigencia de *"relevancia"* que exige la ley. Además, le corresponde determinar quiénes estarán comprendidos en las mencionadas calidades, debiendo formar una nómina reservada.

En nuestra opinión, se trata de un deber informativo que apunta más a la correcta resolución de un conflicto de interés que al objetivo de mejorar la calidad e integridad de la información que fluya al mercado.

Conocido por el directorio el hecho de que algún directivo está en posesión de valores de proveedores, clientes o competidores relevantes de la compañía, es evidente que tal circunstancia activará los mecanismos de resguardo que se regulan en los nuevos artículos 146 y siguientes de la LSA para protegerse del potencial peligro de extracción de riqueza a través de una operación con

[6] Grupo empresarial es un concepto legal definido en el artículo 96 de la LMV.

[7] El artículo 68 de la LMV establece la obligación del directorio de mantener actualizado el registro público que lleva la SVS sobre presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales, administradores y liquidadores de las entidades sujetas a su vigilancia.

parte relacionada o de la adopción de acuerdos que estén interferidos por el interés del directivo en aquellos terceros.

De otro lado, el deber informativo está también referido a la posesión en valores y no necesariamente a la propiedad sobre los mismos. De este modo, deben también informarse las acciones en préstamo que se tengan de clientes, proveedores o competidores del emisor, entre otras situaciones en que se detenta posesión y no propiedad.

c) Deberes informativos del colectivo directorio

Dando un mayor espacio a la autorregulación y en la idea de incrementar el protagonismo y responsabilidad del directorio en lo relativo a la adquisición o enajenación de valores por parte de directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad, se impone al colectivo directorio la obligación de adoptar una política que establezca normas, mecanismos de control y responsabilidades conforme a los cuales se podrán hacer tales operaciones.

Es el directorio el obligado a adoptar la política. La sola omisión en el cumplimento de esta obligación lo hace acreedor de la sanción administrativa correspondiente. También, de los perjuicios que de ello podrían derivarse para la sociedad y los accionistas. Cabe debe recordar que la infracción al deber de diligencia y cuidado que establece el artículo 41 de la LSA se relaciona con el incumplimiento de un deber normativamente exigido por el citado dispositivo legal, como lo sería este caso. Así, la omisión en el cumplimiento de este deber hará al directorio responsable de los perjuicios que se causen a la sociedad y accionistas con independencia de la responsabilidad que pudiere hacerse efectiva en la persona del directivo infractor.

En la definición y contenido de esta política tendrá enorme cabida y espacio el principio de autonomía de la voluntad y de libertad contractual, en cuanto a que el administrador del emisor podrá establecer niveles y estándares de conducta mucho más altos y exigentes que aquellos exigidos en la norma legal.

Es de esperar que el mercado valore y premie a aquellas empresas que se autoimpongan exigencias por sobre el mínimo legal, en términos de permitirles acceso a financiamiento a precios menores de aquellos que pagan empresas que no elevan los estándares de comportamiento de sus directivos.

En cumplimiento del mandato constitucional –artículo 19 números 21 y 24 de la Constitución Política de la República–, la Ley N° 20.382 expresamente autorizó a que esta política pudiera establecer como limitación al derecho de propiedad y a la garantía reconocida en la Ley Fundamental de libertad económica de que gozan los directivos respecto de las acciones de que son propietarios,

la prohibición total y permanente para aquellos de efectuar operaciones de adquisición o enajenación de valores de la sociedad o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o en parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichos valores.

Lo anterior significa que operando esta prohibición total y permanente, ningún directivo de la sociedad podrá comprar o vender valores del emisor durante todo el tiempo en que el directivo se desempeñe como tal. Se elimina así la posibilidad de que estas personas pudieran operar con información privilegiada, al quedar vedada la opción de comprar o vender valores del emisor en que se desempeñan. Es criticable el extremo rigor de esta posible medida, porque impide una identificación entre el interés del directivo y el de la sociedad. Una buena gestión de la administración incrementa el valor de la compañía. Al impedirse al directivo la compra de valores del emisor, se obstaculiza una alineación de intereses entre éste y la sociedad, lo que podría producir una desmotivación en la labor de la administración, al eliminarse los potentes incentivos inherentes a la propiedad.[8] Con todo, es la administración del emisor la que tendrá que decidir cuál es el nivel de exigencia que le impone a sus directivos, a partir del beneficio esperado, en términos de costo de fondos, que estima alcanzará con estas medidas.

Los obligados por esta prohibición, y también por todas las otras limitaciones que autoriza la ley, son sólo los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros. Quedan excluidos los accionistas de la sociedad.

Una segunda limitación autorizada por la ley para incorporar en esta política, es la prohibición transitoria de comprar o vender valores del emisor o valores cuyos precios se determinen por estos, por periodos definidos por el directorio, teniendo en consideración las actividades, eventos o procesos de la entidad.

Se trata de una limitación mucho más laxa o menos restrictiva, acotada a ventanas de tiempo, que impedirá a los directivos transar con valores del emisor sólo en aquellos periodos de tiempo en que el mismo directorio lo precise.

Eventos como la aprobación de los estados financieros, acuerdos de fusión o adquisición, reparto de dividendos, cambios de control, nuevos negocios, ventas o compras de activos, cambios en la propiedad o en la administración y, en general, de anuncios que constituyan información esencial, estarán incluidos en las ventanas de tiempo en que quedará prohibido para el directivo comprar o vender valores del emisor o valores cuyos precios se determinen por estos.

[8] Si la retribución del directivo no está alineada con el resultado de su gestión, desaparecerían los incentivos en su desempeño.

El tiempo de la prohibición y el contenido de los eventos serán, sin duda, las circunstancias que marcarán las diferencias entre las empresas. Y a partir de estas, el mercado podrá discriminar, castigando o premiando en términos de costo de fondos, a aquellas que generen mayor convicción y confianza de que sus directivos no aprovecharán su condición para extraer riqueza de los accionistas o de la sociedad. Periodos muy prolongados de prohibición generarán los efectos adversos enunciados en los párrafos que anteceden. Si son demasiado breves, no permitirán generar las confianzas necesarias ni acceder a los beneficios que conlleva la implementación de este mecanismo de autorregulación.

Una tercera limitación que autoriza la ley, que es una solución intermedia que combina a las dos anteriores, es la de establecer una prohibición permanente de adquirir y enajenar, o de enajenar y posteriormente adquirir los valores ya referidos, si entre tales operaciones no hubiere transcurrido a lo menos un plazo determinado de días hábiles bursátiles.

A modo de sanción, esta política podrá establecer que la violación de la prohibición genere para el infractor, además de los efectos laborales que correspondan, la obligación de pagar, a la entidad respectiva, una multa equivalente a un porcentaje de la operación o el monto total de la ganancia obtenida o la pérdida evitada.

De este modo, la infracción a la prohibición podrá constituir incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, con el consiguiente efecto en la relación laboral del directivo.

Esta sanción no obstará a la aplicación de las sanciones legales que sean procedentes cuando además se haya infringido la ley. Entonces, es compatible con la sanción administrativa que pudiere aplicar la SVS por infracción a las normas que prohíben comprar o vender valores estando en posesión de información privilegiada y con el deber de reparar los correspondientes perjuicios a la sociedad y a los accionistas, en el evento de que estos también se hubieren producido.

Esta política y cualquiera modificación de que sea objeto deberán ser puestas en concomimiento del público mediante aviso o inserción en el sitio web de la empresa.

Es también una nueva obligación que pesa sobre el colectivo directorio, el deber de adoptar una norma interna que contemple los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que aseguren la divulgación de información continua y esencial que todo emisor debe entregar a la SVS y al mercado.

Tal como se dijo en lo que antecede, el incumplimiento de esta nueva obligación hace al colectivo directorio responsable de los daños y perjuicios que ello

pudiera originar a los accionistas y a la sociedad, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiera aplicar la SVS al constatar esta infracción.

Que sea el directorio, cargando con la consiguiente responsabilidad por el incumplimiento, el que se encargue de definir los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades en la divulgación de la información continua y esencial es, en nuestra opinión, un gran avance. Por un lado, porque ello facilitará y hará más ágil y eficiente la comunicación de información continua y esencial al ser el administrador del emisor quien defina la forma de hacerlo. Y por el otro, porque se da una paso significativo en mayores espacios para la autorregulación en la administración de la empresa.

Innova también la Ley N° 20.382 al imponer como nueva obligación al administrador del emisor el deber de informar a la SVS y a las BV en que se transen sus acciones, las adquisiciones y enajenaciones de sus acciones que efectúen sus personas relacionadas, en la forma y con la periodicidad que determine la Superintendencia mediante norma de carácter general.

Se trata de una obligación que recae en el directorio de la sociedad, cuyo incumplimiento origina todas las responsabilidades comentadas en lo que antecede, que es distinta y no excluye a la obligación que pesa sobre los accionistas y directivos de informar la adquisición o enajenación de valores en los términos ya explicados en los párrafos anteriores.

De este modo, existirá un doble control sobre estas adquisiciones y enajenaciones. Por un lado, deberá informar el emisor y, por el otro, los directivos y accionistas que realicen tales operaciones.

En el mismo propósito comentado de dar más protagonismo y responsabilidad al administrador del emisor en el manejo de la información, la Ley N° 20.382 también coloca en el colectivo directorio la responsabilidad de adoptar las medidas apropiadas para evitar que la información respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad sea divulgada a personas distintas de aquellas que por su cargo, posición o actividad en la empresa deban conocer dicha información, antes de ser puesta a disposición de los accionistas y el público. De ocurrir ello por falta de controles y procedimientos adecuados, el directorio será el responsable de los daños y perjuicios que ello originan a la sociedad y los accionistas.

Respecto de los corredores de bolsa y agentes de valores, con independencia a la estructura jurídica asumida para organizarse, y con mayor razón si operan bajo la forma de una sociedad anónima abierta, la Ley N° 20.382 les impone la obligación de definir, hacer públicas y mantener debidamente actualizadas, normas que rijan los procedimientos, mecanismos de control y responsabilida-

des que les serán aplicables en el manejo de la información que obtuvieren de las decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de sus clientes, así como de cualquier estudio, análisis u otro antecedente que pueda incidir en la oferta o demanda de valores en cuya transacción participen. Estas normas y sus modificaciones deberán ajustarse a los requisitos mínimos que fije la Superintendencia mediante norma de carácter general.

En línea con la filosofía que inspiró a la reforma de la Ley N° 20.382, se coloca en un primer nivel y bajo la responsabilidad de quien administra al intermediario, que se supone le impondrá un estándar superior al mínimo legal, la obligación de definir la forma cómo se operará con la información que tales corredores y agentes conocen en el desempeño de su función.

Los efectos de esta nueva obligación y su incumplimiento son los que hemos comentado en lo que antecede.

En suma, luego de las reformas introducidas por la Ley N° 20.382 es el colectivo directorio el primer obligado, con las consecuencias derivadas del incumplimiento de estos nuevos deberes, en la definición de conductas y estándares de comportamiento de los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, tanto en lo referido a la adquisición o enajenación de valores del emisor o valores cuyos precios se determinan por aquellos, como en lo relativo al manejo, difusión y comunicación de la información del emisor al mercado, a las bolsas de valores y a la SVS.

3. Precisiones al concepto de información privilegiada[9]

Como se sabe, es el artículo 164 de la LMV el que define el concepto de información privilegiada.[10]

La Ley N° 20.383 sólo introduce algunas precisiones a la categoría específica de información privilegiada que regula el inciso 2° del dispositivo indicado.

[9] Sobre el concepto de información privilegiada y los deberes de conducta de quienes la conocen, se pueden consultar los siguientes trabajos de mi autoría: *"Concepto de información privilegiada y deberes de conducta de quienes están en posesión de ella, a la luz de la jurisprudencia emanada de la Excma. Corte Suprema."*, entregado para su publicación a la Revista de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en imprenta, pero disponible en el sitio web www.pfeffer.cl; y *"A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada"*, publicado en Revista Actualidad Jurídica, N°15, enero de 2007, páginas 255 y siguientes, Universidad del Desarrollo, también disponible en el sitio web antes mencionado.

[10] El inciso 1° del artículo 164 de la LMV señala: *"Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley"*.

La norma anterior a la reforma señalaba que *"También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores"*.

Como se desprende del precepto anterior y del actual –con las precisiones que se apuntarán en lo que sigue–, lo que hace este inciso segundo es ampliar el concepto de información privilegiada más allá del conocimiento que se tenga sobre informaciones del emisor, sus valores y sus negocios. Lo extiende al conocimiento que se tenga sobre operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional.[11]

La razón es simple. Dada la envergadura, cuantía e importancia de los movimientos de valores que hacen estos inversionistas, el legislador entiende que las operaciones realizadas o a realizar por estos por sí solas tienen la capacidad de afectar la cotización de los mismos valores en el mercado.

De ello se sigue que el conocimiento que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación de acciones a realizar por un inversionista institucional, es siempre información privilegiada, dado que por sí solas tales operaciones tienen la aptitud causal de afectar el precio del valor en el mercado.

Es una especie de presunción de derecho que no admite prueba en contrario.

Es también de sobra sabido que para configurar el ilícito de operar con información privilegiada no se requiere de una alteración real del precio del valor en el mercado. Basta con la sola posibilidad de que ello pueda ocurrir. Sólo se requiere que la conducta reprochada tenga la aptitud causal o la potencialidad de producir un resultado, sin que la materialización de éste sea un elemento del tipo infraccional. Así se explican las expresiones *"sea capaz de influir"* u *"operaciones a realizar"* que emplea el artículo 164 de la LMV.

Se sigue de ello que para que se configure esta categoría específica de información privilegiada sólo deben concurrir copulativamente los requisitos de que exista un inversionista institucional y que este inversionista institucional hubiere adoptado una decisión de adquisición o enajenación de acciones.

Faltando el inversionista institucional o faltando la decisión de adquisición o enajenación de valores no es posible que se configure esta categoría específica de información privilegiada.

[11] El artículo 4° bis, letra e) de la LMV define lo que se entiende por inversionista institucional.

La Ley N° 20.382 sustituyó el inciso final del artículo 164 de la LMV por el siguiente: *"También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores".*

Se reemplazó el verbo *"tiene"* por *"posee"* y se agregaron las expresiones *"decisiones"* y *"específicas"* entre la frase *"y aceptación o rechazo de ofertas"*, que también se agrega.

La reforma hizo más estricto y exigente el concepto legal. Exige ahora que el conocimiento esté referido a *"decisiones"*, expresión que es mucho más restrictiva que el genérico *"conocimiento de operaciones"* que se pedía antes. Conocer una *decisión* es más estricto y exigente que conocer operaciones de adquisición o enajenación. La decisión es anterior a la operación y supone la existencia de una resolución o acuerdo adoptado por órgano competente dentro del respectivo inversionista institucional.

Adicionalmente, la norma actual agrega el conocimiento de decisiones de aceptación o rechazo de ofertas especificas a realizar por un inversionista institucional, que la disposición anterior no consultaba.

La aceptación o rechazo de ofertas específicas a realizar por un inversionista institucional, en cuanto a impacto y efecto en los precios, es equivalente al conocimiento de operaciones de adquisición o enajenación a realizar por estos mismos inversionistas, por lo que tiene plena justificación su incorporación.

La norma exige un conocimiento de decisiones específicas. Esto significa que la decisión que se conoce sobre aceptación o rechazo de ofertas debe contener los datos necesarios para distinguir a una decisión de otra. Es necesario indicar con precisión cuál decisión adoptada por el inversionista institucional es la que conoce el tercero y que lo coloca en condiciones de anticiparse en el mercado a la operación de aquel. Se debe singularizar e individualizar la decisión en términos tales de que no exista duda de que el conocimiento de tal decisión fue la razón que motivó el actuar del tercero en el mercado.

En suma, para que exista esta categoría específica de información privilegiada necesariamente se requiere que exista un inversionista institucional en los términos definidos en la misma LMV; que éste haya adoptado una decisión de adquisición o enajenación de valores o una decisión de aceptación o rechazo de ofertas específicas, no importando que tales decisiones se hubieren efectivamente materializado en el mercado.

4. Deberes de conducta de quienes conocen información privilegiada[12]

Es el artículo 165 de la LMV el que describe los deberes de conducta exigibles de quienes están en conocimiento de información privilegiada.

El inciso 1° de este dispositivo, antes de la reforma que le introdujo la Ley N° 20.382, señalaba que *"Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada"*.

Dado que el propósito de este trabajo es únicamente abordar las reformas introducidas por la Ley N° 20.382, no abundaremos en el contenido material y sustantivo de cada uno de los deberes de conducta que la ley impone a quienes están en posesión de información privilegiada. Basta sólo con recordar que estos son el de **(i)** guardar estricta reserva; **(ii)** no usar bajo ninguna modalidad la información privilegiada; y **(iii)** abstenerse de operar cuando se está en posesión de información privilegiada. La infracción de los dos primeros está incluso tipificada como delito con pena penal en el artículo 60, letras e), g) y h) de la LMV.

Como es de sobra conocido, el criterio recogido hasta la fecha por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia es que nuestra ley no exige una relación fiduciaria entre la fuente de la información y quien conoce de la misma para configurar el ilícito de operación con información privilegiada, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones.[13]

Bastaría con que un tercero, en razón de su cargo, posición, actividad o relación accediera y conociera información privilegiada para que quedara sujeto a los deberes de conducta dispuestos por la ley. De ello se sigue que antes de la reforma de la Ley N° 20.382, los deberes de conducta indicados en el artículo 165 de la LMV sólo se activaban cuando se accedía al conocimiento de información privilegiada por el cargo, posición, actividad o relación que se tenía con la fuente de la información.

[12] Véase nota número 9.

[13] Véase nota número 9. También véanse, por ejemplo, sentencia de 27 de octubre de 2005, recaída en ingreso rol N° 4930-2004, caratulado "Parodi con SVS", rol contencioso N° 2343-2001, del 20 juzgado civil de Santiago, y sentencia de 26 de julio de 2007, recaída en ingreso rol número 3364-2006, caratulado "Elesur con SVS", rol contencioso N° 4394-1997, del 10° juzgado civil de Santiago.

La Ley N° 20.382 sustituyó el inciso primero del artículo 165 de la LMV, por el siguiente: *"Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada"*.

Se agregó la exigencia de que el cargo, posición, actividad o relación se tenga *"con el respectivo emisor de valores"* o con las personas a quienes la ley, en el artículo 166 de la LMV, les presume que poseen información privilegiada. Además, se reemplazó el término *"acceso"* por *"poseer"* y se agregó la prohibición de enajenar valores sobre los cuales se posea información privilegiada, con lo que se vino a salvar una omisión existente en la norma anterior.

Poseer es tener, disponer, saber suficientemente una cosa. Es más que acceder. El vínculo que permite la posesión es más cercano que aquel que permite el simple acceso. De este modo, la exigencia de hoy acerca al sujeto obligado por el deber de conducta con de la fuente de la información.

Ahora también se exige que el cargo, posición, actividad o relación se tenga con el respectivo emisor de valores. No basta, como era la exigencia de la norma anterior, con acceder al conocimiento de información privilegiada por algún vínculo con la fuente de la información. Debe necesariamente ser con el respectivo emisor de valores o con las personas a quienes se les presume la posesión de información privilegiada.

Al agregar la prohibición de enajenar valores estando en posesión de información privilegiada, sólo se rectificó una omisión existente en la norma anterior y se clarificó y ratificó la idea de que los deberes de conducta de no usar y de abstenerse de operar con información privilegiada son independientes y autónomos uno de otro.

Es claro que la reforma hizo más estricta la norma y menos exigente la conducta debida. Desde la perspectiva del regulador, será más difícil configurar infracciones a este precepto.

Ahora la exigibilidad de los deberes de conducta está sujeta a la condición de que quien posea la información privilegiada tenga un cargo, posición, actividad o relación con o en el respectivo emisor de valores o con las personas a quienes se presume la posesión de información privilegiada indicadas en el artículo 166 de la LMV, que también se sustituye por la Ley N° 20.382.

Si antes se sancionó a quienes accedieron a información privilegiada y operaron con ella sin tener cargo, posición, actividad o relación con el emisor de valores[14] –pero sí con la fuente de la información– ahora sí que se exige un vínculo directo y cercano con el emisor de valores o con los sujetos calificados indicados en el artículo 166 de la LMV para poder aplicar la sanción.

Refuerza la conclusión anterior la nueva redacción que se le dio al artículo 167 de la LMV, en cuanto exige que la información privilegiada haya sido obtenida directamente del emisor o del inversionista institucional, en su caso.[15]

En cuanto a las presunciones que se consultan en el artículo 166 de la LMV, si bien la Ley N° 20.382 lo sustituyó en su totalidad, no son tan significativos los cambios que le introduce. En general agregó en todos los literales, como categoría de sujeto, a los ejecutivos principales[16] y amplió el campo de la presunción en algunos de los literales.

Sigue siendo una presunción simplemente legal.

Se reemplaza la expresión *acceso* por *posesión*. Como se dijo en lo que antecede, poseer es tener, disponer, saber suficientemente una cosa. Es más que acceder.

De este modo, desde la perspectiva de la persona a quien se le presume la posesión, el deber se hace más estricto y se eleva el estándar de exigencia.

La letra a) del artículo 166 sólo se modifica en cuanto se le agrega a los ejecutivos principales como sujetos a quienes se presume la posesión de información privilegiada. Es indudable que la agregación de esta categoría de personas a la presunción existente era tan justa como necesaria. En general, se trata de sujetos muy cercanos al círculo de la administración del emisor, por lo que es muy probable que conozcan la misma información que directores, gerentes, administradores y liquidadores de la sociedad, por lo que no había justificación alguna para no incluirlos en ésta.

En la letra b) se reemplaza la referencia que se hacia a la matriz o coligante controlador de la emisora de cuyos valores se trate, o del inversionista institu-

[14] Véanse las sentencias indicadas en nota anterior.

[15] El artículo 167 de la LMV dispone que *"Las personas que en razón de su cargo o posición, posean, hayan tenido o tengan acceso a información privilegiada, obtenida directamente del emisor o inversionista institucional, en su caso, o a través de las personas indicadas en el artículo anterior, estarán obligadas a dar cumplimiento a las normas de este Título aunque hayan cesado en la relación o posición respectiva".*

[16] El artículo 68 de la LMV define a los ejecutivos principales como *"a cualquier persona que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. En el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el ejecutivo principal esté relacionado a la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo".*

cional en su caso, por el desempeño de directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores en el controlador del emisor o del inversionista institucional, en su caso. Se amplia el ámbito de la presunción al eliminar la referencia a la matriz o coligante controlador, lo que en realidad no tenía ninguna justificación.

La letra c) no sufrió ninguna modificación.

En la letra d) se agrega la categoría de *ejecutivos principales* entre las personas que se desempeñen en un intermediario de valores y a quienes se presume la posesión de información privilegiada. Se refunde en un solo literal lo que antes estaba en un inciso aparte y se amplía la presunción a la posesión de información relativa a la colocación de valores que le hubiere sido encomendada al intermediario –antes sólo sobre la colocación de acciones de primera emisión–, manteniéndose en lo demás el acotamiento al tipo de información privilegiada indicada en el inciso segundo del artículo 164.

En relación con las presunciones de posesión de información privilegiada que afecta a los llamados *outsiders*, que requieren haber tenido acceso directo al hecho objeto de la información para quedar incluidos en la hipótesis legal de presunción, se precisan del siguiente modo.

En todos los literales de este inciso se agrega la categoría de sujetos denominados ejecutivos principales. Como se dijo en lo precedente, no tiene ninguna justificación el no haberlos incluido dentro de las diversas hipótesis de presunción que consulta esta norma.

La letra a) se refiere a los ejecutivos principales y dependientes de las empresas de auditoría externa del emisor o del inversionista institucional, en su caso; la letra b) a los socios, gerentes administradores y ejecutivos principales y miembros de los consejos de clasificación de las sociedades clasificadoras de riesgo que clasifiquen valores del emisor o a este último; la letra c) a los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso; la letra d) a las personas que presten servicios de asesorías permanente o temporal al emisor o inversionista institucional, en su caso, en la medida que la naturaleza de sus servicios les pueda permitir acceso a dicha información; la letra e) a los funcionarios públicos dependientes de las instituciones que fiscalicen a emisores de valores de oferta pública o a fondos autorizados por ley; y la letra f) a los cónyuges o convivientes de directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, así como cualquier persona que habite en su mismo domicilio.

En la letra d) se acota y restringe la presunción sólo para la hipótesis y en la medida que la naturaleza de los servicios le pueda permitir acceso a dicha información.

En la letra f), si bien se mantiene al cónyuge como sujeto de la presunción, se reemplaza a los parientes hasta el 2° grado de consanguinidad por los convivientes de directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, así como cualquier persona que habite en su mismo domicilio.

En suma, no hay innovación en cuanto a los deberes de conducta exigibles para quienes estén en posesión de información privilegiada. Son los mismos tres existentes en la norma anterior. Sí la hubo en cuanto al momento y oportunidad en que tales deberes se hacen exigibles. Antes bastaba con que el cargo, posición, actividad o relación se mantuviera con la fuente de la información, mientras que hoy es necesario que tal vínculo se tenga con el respectivo emisor de valores o con las personas a quienes se presume la posesión de información privilegiada.

5. Manipulación de la información en el mercado y tipos penales

Como se hizo presente en el acápite 1 que antecede, la información que se divulga y comunica al mercado juega un rol fundamental en la determinación de los precios de los papeles que allí circulan.

Por ello, no basta con que el legislador imponga a los distintos actores que operan en él importantes deberes para que estos entreguen y divulguen al mercado la información que conocen.

Debe además castigar a quienes entreguen informaciones falsas, tendenciosas o interesadas, que sólo buscan producir distorsiones en los precios para así aprovechar las ganancias que ello les pudiera reportar.

En ese propósito se inscribe el artículo 61 de la LMV, al que la Ley N° 20.382 le agregó un inciso segundo nuevo y le cambió en el inciso primero la expresión *noticias* por *información*.[17]

[17] El artículo 61 dispone que *"El que con el objeto de inducir a error en el mercado de valores difunda información falsa o tendenciosa, aun cuando no persiga con ello obtener ventajas o beneficios para si o terceros, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.*
La pena señalada en el inciso precedente se aumentará en un grado, cuando la conducta descrita la realice el que en razón de su cargo, posición, actividad o relación, en la Superintendencia o en una entidad fiscalizada por ella, pudiera poseer o tener acceso a información privilegiada".

Del tenor literal de la norma se desprende que puede ser sujeto activo de la conducta prohibida *"cualquier persona"*, esto es, todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su sexo, estirpe o condición; que la conducta prohibida queda determinada por el verbo rector *"difundir"*, esto es, que el ilícito se agota y consume con la sola propagación o divulgación de información; que el objeto material de la conducta prohibida es la *"información falsa o tendenciosa"*, esto es, que el contenido de la comunicación propagada o divulgada al mercado no sea verdadera, sea mentirosa, fingida o simulada o que responda a ideas o tendencias, o sea, que se presente, parcial o distorsionadamente, bajo el influjo de una idea o interés; que el objeto o finalidad perseguida con la ejecución de la conducta prohibida sea el de inducir a error en el mercado, esto es, que como consecuencia de la información falsa o tendenciosa, uno cualquiera de los agentes de mercado hubiere sido llevado, movido, instigado o conducido a una decisión que de no haber mediado la difusión de la información, no hubiera adoptado.

Se trata de un ilícito de mera actividad que no requiere la producción de un resultado. La obtención de un beneficio económico por el autor del ilícito no es requisito para configurar la infracción de la conducta prohibida. La norma utiliza la expresión *"aun cuando no persiguiere con ello"*, lo que significa que el ilícito se satisface con la sola divulgación de información falsa o tendenciosa.

Con todo, la obtención de un beneficio económico por el autor de la conducta prohibida permite tener por acreditada la intencionalidad del agente que divulgó o propagó información falsa o tendenciosa, ya que sólo el error que tal difusión provoca en los agentes de mercado –y que los llevó a ejecutar transacciones que no hubieran ejecutado de no mediar tal error inducido–, es la causa del beneficio económico ilegítimamente percibido por quien propaga la información falsa o tendenciosa.

Dicho de otra forma. La obtención de un beneficio económico por quien divulga la información falsa o tendenciosa es consecuencia del error a que es conducido el agente de mercado, ya que sólo el juicio falso o equivocado que se forma sobre la transacción es lo que lo lleva a ejecutarla. Si no hubiere habido difusión de información falsa o tendenciosa, no habría habido error; tampoco transacción, por lo que no pudo producirse beneficio económico para quien divulga la información. Nadie divulga información falsa o tendenciosa para no obtener un beneficio económico directo o indirecto.

No debe confundirse el deber del emisor de proporcionar toda la información sobre él mismo, sus negocios o valores de un modo veraz, suficiente y oportuno, con la divulgación por cualquiera de información falsa o tendenciosa sobre ese emisor.

La información que se divulga puede ser un hecho emanado del emisor del papel, que tiene su fuente en el emisor, o una información que se relaciona con el emisor, pero que no tiene como fuente a ese emisor, sino a un tercero que la divulga.[18]

De consiguiente, como medida destinada a fortalecer el principio de eficiencia informativa, la ley prohíbe la divulgación de información falsa o tendenciosa, por los efectos nocivos que su vulneración conlleva en el precio de los papeles.

El inciso segundo nuevo del artículo 61 de la LMV aumenta en un grado la pena de presidio impuesta a quien divulgue información falsa o tendenciosa, si la conducta la realiza el que en razón de su cargo, posición, actividad o relación en la Superintendencia o en una entidad fiscalizada por ella, pudiera poseer o tener acceso a información privilegiada.

El aumento en la pena se justifica plenamente, dado que ya es pernicioso para el mercado que se divulgue información falsa o tendenciosa, en cuanto ello distorsiona el precio de los valores, por lo que más daño se causa si la información que se divulga es privilegiada.

---

[18] Sólo a modo de antecedente, cabe hacer presente que la legislación comparada también se ha ocupado de este punto, aun cuando lo ha hecho de un modo mucho más explícito. La Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), dispone lo siguiente:
"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
"N° 2 manipulación de mercado: c) Difusión de información a través de los medios de comunicación, incluido Internet, o a través de cualquier otro medio, que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a los instrumentos financieros, incluida la propagación de rumores y noticias falsas o engañosas, cuando la persona que las divulgó supiera o hubiera debido saber que la información era falsa o engañosa. Con respecto a los periodistas que actúen a título profesional, dicha divulgación de información se evaluará, sin perjuicio del artículo 11, teniendo en cuenta las normas que rigen su profesión, a menos que dichas personas obtengan directa o indirectamente una ventaja o beneficio de la mencionada difusión de información".
"En particular, los ejemplos que figuran a continuación se derivan de la definición básica recogida en las letras a), b) y c) anteriores:"
"- aprovecharse del acceso ocasional o periódico a los medios de comunicación tradicionales o electrónicos exponiendo una opinión sobre un instrumento financiero (o, de modo indirecto, sobre su emisor) después de haber tomado posiciones sobre ese instrumento financiero y haberse beneficiado, por lo tanto, de las repercusiones de la opinión expresada sobre el precio de dicho instrumento, sin haber comunicado simultáneamente ese conflicto de interés a la opinión pública de manera adecuada y efectiva".
Por su parte el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores de España, en materia de abuso de mercado, dice lo siguiente:
"Artículo 2. Prácticas que falsean la libre formación de los precios.
"1. Se considerarán prácticas que falsean la libre formación de los precios, es decir, que constituyen manipulación de mercado, a los efectos del artículo 83 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, entre otros, los siguientes comportamientos:
"c. Aprovecharse del acceso ocasional o periódico a los medios de comunicación tradicionales o electrónicos exponiendo una opinión sobre un valor o instrumento financiero o, de modo indirecto sobre su emisor, después de haber tomado posiciones sobre ese valor o instrumento financiero y haberse beneficiado, por lo tanto, de las repercusiones de la opinión expresada sobre el precio de dicho valor o instrumento financiero, sin haber comunicado simultáneamente ese conflicto de interés a la opinión pública de manera adecuada y efectiva".

A fin de fortalecer el rigor con que se castigan, entre otras, la conducta de divulgar información falsa y tendenciosa y la de revelar y usar información privilegiada, la Ley N° 20.382 introduce un artículo 61 bis nuevo.[19]

Se permite ahora imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, si el autor ha actuado prevaleciéndose de su condición profesional. No indica la norma si esta inhabilitación es perpetua y definitiva o sólo temporal y transitoria. Debemos concluir, entonces, que es definitiva y permanente.

También permite imponer la pena accesoria de inhabilitación especial de cinco a diez años para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva.

Ambos casos suponen la condena penal.

No hay pena accesoria de inhabilidad para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva, cuando sólo hay sanción administrativa aplicada por la SVS y ratificada por los tribunales de justicia en caso de ser objeto de reclamación.

Conveniente hubiera sido que la Ley N° 20.382 también hubiere facultado al juez civil que conoce de un juicio de reclamación de multa aplicada por la SVS por infracción a las normas que se vienen comentado, que de ratificarse en sede civil la sanción administrativa aplicada por la SVS, el juez civil pudiera también aplicar la pena accesoria de inhabilidad del infractor para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva.

Ello hubiere contribuido a mejorar aun más el llamado *"capital reputacional"* como mecanismo disciplinador de la conducta de los directivos.

En suma, la Ley N° 20.382 incrementó el rigor de las sanciones por la difusión de información falsa o tendenciosa y por infracción a los deberes de conducta asociados al uso y revelación de información privilegiada y reforzó el denominado capital reputacional como mecanismo correctivo de la conducta de los directivos.

[19] El artículo 61 bis de la LMV dispone que *"En los delitos contemplados en los artículos 59, 60 y 61, además de las penas allí previstas, se podrá imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, si el autor ha actuado prevaleciéndose de su condición profesional; o la de inhabilitación especial de cinco a diez años para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva".*

6. Conclusiones

1. Dado que el precio de los valores depende de los eventos futuros asociados a los mismos, los que a su vez se relacionan directamente con la información disponible del emisor de esos valores y sus negocios, es de la mayor importancia asegurar que la información que fluya del emisor al mercado lo sea de un modo veraz, suficiente y oportuno.

2. Si la información se incorpora rápidamente al valor del título y se expresa en el precio de éste, es imposible que se produzcan trasvasijes o extracciones de riqueza, ya que cada agente participante en el mercado lo hace con la plena convicción de que el precio pagado o recibido expresa la información capaz de afectar su valor.

3. En cuanto a nuevos deberes informativos para los accionistas, la norma actual amplía la obligación y ahora tales personas también deben informar toda adquisición o enajenación que efectúen de contratos o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichas acciones, a más tardar al día siguiente en que se ha materializado la operación.

4. En cuanto a nuevos deberes informativos para directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores –sólo en algunos casos para estos últimos–, deben informar toda adquisición o enajenación que efectúen de contratos o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichas acciones, a más tardar al día siguiente en que se ha materializado la operación, en los mismos términos en que existe esta obligación para los accionistas. Nueva es también la obligación de directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como de las entidades controladas directa o indirectamente por ellos, de informar a las bolsas de valores en que el emisor se encuentre inscrito sobre su posición en valores de éste y de las entidades del grupo empresarial de que forme parte.

5. Es también una novedad en la LMV la obligación que pesa sobre directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como de las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, de informar mensualmente y en forma reservada al directorio o al administrador del emisor, la posición que aquellos tengan en valores de los proveedores, clientes y competidores más relevantes de la entidad, incluyendo aquellos valores que posean a través de entidades controladas directamente o a través de terceros.

6. Es el colectivo directorio el primer obligado, con las consecuencias derivadas del incumplimiento de estos nuevos deberes, en la definición de conductas y

estándares de comportamiento de los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, tanto en lo referido a la adquisición o enajenación de valores del emisor o valores cuyos precios se determinan por aquellos, como en lo relativo al manejo, difusión y comunicación de la información del emisor al mercado, a las bolsas de valores y a la SVS.

7. Sólo se precisa la categoría específica de información privilegiada que se contiene en el inciso 2° del artículo 164 de la LMV, en cuanto se requiere para que exista esta clase de información privilegiada que exista un inversionista institucional en los términos definidos en la misma LMV; que éste haya adoptado una decisión de adquisición o enajenación de valores o una decisión de aceptación o rechazo de ofertas específicas, no importando que tales decisiones se hubieren efectivamente materializado en el mercado.

8. No hay innovación en cuanto a los deberes de conducta exigibles para quienes estén en posesión de información privilegiada. Son los mismos tres existentes en la norma anterior. Sí la hubo en cuanto al momento y oportunidad en que tales deberes se hacen exigibles. Antes bastaba con que el cargo, posición, actividad o relación se mantuviera con la fuente de la información, mientras que hoy es necesario que tal vínculo se tenga con el respectivo emisor de valores o con las personas a quienes se presume la posesión de información privilegiada.

9. La Ley N° 20.382 incrementó el rigor de las sanciones por la difusión de información falsa o tendenciosa y por infracción a los deberes de conducta asociados al uso y revelación de información privilegiada y reforzó al denominado capital reputacional como mecanismo correctivo de la conducta de los directivos.

El acceso a la justicia y la inversión extranjera

Carlos Hecker Padilla
Abogado, Magister en Derecho Económico Internacional
Doctorando en Derecho de las Inversiones Internacionales
Université de Bourgogne (Dijon – Francia)

Resumen: Muchas veces confundido con el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia constituye una noción compleja que comprende por una parte, el acceso a la justicia propiamente tal (*acceso al juez*) y por otra, el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo. Sin embargo, y a pesar de su transcendental importancia, es uno de los tantos derechos fundamentales que al interactuar con las ramas económicas del Derecho adquiere una dimensión incierta, resultando infringido en numerosas ocasiones. Dada la importancia del tema, y la situación de indefensión en que, en general, el extranjero se encontrará, es que el derecho internacional ha establecido ciertas reglas con el fin de reconocer y proteger el derecho de toda persona a acceder a la justicia.

* * *

I. El acceso a la justicia en el contexto mundial

El derecho de acceso a la justicia ha sido reconocido en primer término por el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), según el cual "[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por su parte, consagra también el acceso a la justicia como un derecho fundamental en su artículo 2 N°3 letra a), al disponer que los Estados parte en el Pacto se comprometerán a que "[t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados [pueda] interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), sin embargo, no hace referencia alguna al acceso de las personas a la justicia, y ello principalmente debido al cuadro existente al momento de su creación; ya que sus Estados miembros optaron por legislar casi exclusivamente en materia de derechos sociales, desmarcándose así del PIDCP y de la ideología que lo rodea.

II. El acceso a la justicia en el contexto regional

Los tratados regionales relativos a los derechos humanos han también reconocido, de forma más o menos clara, el derecho de acceder a la justicia, como un derecho fundamental.

1. En el cuadro del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

En el sistema europeo, el CEDH reconoce en su artículo 6 §1, titulado *Derecho a un proceso equitativo*, que "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".

Esta disposición no posee la claridad que como juristas apreciaríamos, por cuanto no parece consagrar expresamente *el derecho al juez*, sino que simplemente el derecho a que toda acción interpuesta sea llevada a lo largo del juicio conforme a las reglas de un procedimiento justo y equitativo.

Tuvo que ser la Corte de Estrasburgo en el célebre caso *Golder*[1], la que estableció, correctamente a nuestro entender, el sentido en el que dicha norma debe entenderse, señalando que a juicio de la Corte "no se entendería que el artículo 6 §1 describa las garantías procesales acordadas a las partes si no protege en primer término aquello de que realmente depende el verdadero beneficio: El acceso al juez. Equidad, publicidad y celeridad del proceso carecen de interés alguno en ausencia de un proceso"[2].

[1] *Golder c. Reino Unido*, causa N° 4451/70, sentencia de 21 de febrero de 1975.
[2] Citado por R. PELLOUX, "L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme", AFDI, vol 21, 1975, p. 336.

2. En el cuadro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En el contexto interamericano, la situación es bastante similar. Son los artículos 8 N° 1 y 25 N° 1 los que consagran el acceso a la justicia. La primera disposición señala que "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"; la segunda, por su parte, impone a los Estados la obligación de proporcionar a todos sus habitantes los recursos judiciales necesarios, destinados a protegerlos contra todo tipo de actos que afectaren sus derechos fundamentales[3].

Esta disposición es afortunadamente mucho más clara que el artículo 6 de su homónima europea. Sin embargo, con la finalidad de evitar todo eventual conflicto de interpretación, la Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, señalando que la garantía de un acceso efectivo a la justicia "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho de una sociedad democrática en el sentido de la Convención"[4].

3. En los cuadros africano y asiático

La situación en la Carta africana es mucho más clara que en los textos anteriormente mencionados, ya que dispone en su artículo 7 N° 1 letra a) que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, derecho que incluye la facultad de solicitar la intervención "de las jurisdicciones nacionales competentes por todo acto que infrinja los derechos fundamentales que le son reconocidos y garantizados por las convenciones, leyes, reglamentos y costumbres en vigor"[5].

[3] "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

[4] Véanse en este sentido los casos resueltos por la Corte Interamericana: *Villagán Morales y otros c. Guatemala (Caso Niños de la Calle)*, Serie C N° 63 § 234, sentencia de 19 noviembre de 1999; *Durand et Ugarte c. Perú*, Serie C N° 68 § 101, sentencia de 16 agosto de 2000; *Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C N° 69 § 163, sentencia de 18 agosto de 2000; *Hilaire, Constantine, Benajmin y otros c. Trinidad & Tobago*, Serie C N° 94 § 163, sentencia de 21 de junio de 2002; *Cantos c. Argentina*, Serie C N° 97, sentencia de 28 noviembre de 2002.

[5] "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, droit comprenant la prérogative de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur", disponible en el enlace Internet siguiente: http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/instr_81.htm [Consulta: 12 de mayo de 2010].

Ahora bien, a pesar de que la Corte Africana no se haya pronunciado jamás al respecto, creemos que con una disposición tan clara como ésta, detenerse a analizar el tema no sería más que una pérdida de tiempo.

En cuanto a la Convención Asiática de Derechos Humanos, dicho texto no contiene disposición alguna relativa al tema del acceso a la justicia, por lo que habrá que contentarse con las disposiciones internas, relativas al tema, dictadas por los Estados miembros.

III. El acceso a la justicia en el contexto de la inversión extranjera

En materia de inversión extranjera, el derecho de acceso a la justicia reviste una importancia fundamental, pues ¿de qué serviría otorgar numerosos derechos a los inversionistas, si no contaran con el arma más importante para su defensa? Veremos, por consiguiente, que la facultad para el inversionista de acceder a la justicia está siempre presente en todo tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (TBI), lo que, por supuesto, no ha impedido que ciertas violaciones hayan tenido lugar.

1. La protección del derecho a la justicia en los TBI

Una de las garantías esenciales acordadas al inversionista extranjero, "está constituida, sin lugar a dudas, por la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional"[6]. Sin embargo, debido a los incontables debates doctrinarios que han surgido en relación a la competencia de los tribunales para conocer y fallar un asunto[7], y para evitar de esta forma, las eventuales injusticias que los inversionistas podrían sufrir, los TBI siempre contemplan ciertas disposiciones relativas al arreglo de diferencias.

De este modo, el artículo 8 del TBI suscrito por Chile y Francia en 1992, dispone que toda diferencia entre una de las Partes y el nacional de la otra Parte debe, siempre que ello sea posible, arreglarse en forma amistosa. Sin embargo, si en un plazo de 6 meses desde que ha surgido la diferencia, ésta aún no ha sido resuelta, podrá ser sometida, a solicitud del inversionista extranjero, al conocimiento del tribunal competente de la Parte contratante sobre cuyo territorio se ha efectuado la inversión, o bien a la jurisdicción del Centro Internacional

[6] R. BEN KHELIFA, "Le déni de justice en droit de l'investissement international: L'affaire Lœwen c. les Etats-Unis d'Amérique", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, p. 239.

[7] Véase en este sentido, W. BEN AMIDA, "L'arbitrage face à un désordre procédural: La concurrence des procédures et les conflits de juridictions", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.

de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi o el Centro). La elección del procedimiento, una vez efectuada, será definitiva[8].

En el mismo sentido, pero en virtud de una cláusula mucho más compleja, el TBI firmado por Francia y México en 1998 establece en su artículo 9 que toda diferencia debe arreglarse amistosamente, sin perjuicio de la posibilidad del inversionista de someterla a arbitraje, ante las jurisdicciones del Estado receptor, del Ciadi, del Reglamento del mecanismo suplementario del Ciadi, de la CNUDMI, o de la CCI.

Resulta interesante constatar que en virtud de esta disposición, queda muy claro que la regla se aplica sólo si se trata del incumplimiento de una obligación por parte del Estado receptor que causa un perjuicio al inversionista extranjero, y no en el caso de la hipótesis contraria[9]. Ello impediría en principio al Estado receptor, acceder como parte demandante a las jurisdicciones arbitrales internacionales, cosa que no se aprecia en el TBI suscrito por Francia con Chile.

Ya que todos los TBI contienen una cláusula más o menos similar a las ya estudiadas, no parece interesante traer a colación más ejemplos. Pero sí resulta importante señalar que es al momento de la negociación del TBI en que los Estados deben hacer valer sus derechos e imponer sus intereses; ya que en caso contrario nos enfrentaremos a situaciones de tratados desequilibrados, donde tan sólo parece ser el inversionista el beneficiado, en perjuicio del Estado y los intereses de su población.

2. La denegación de justicia en la persona del inversionista

Como adelantamos, en algunos casos, el inversionista ha sido privado del derecho de acceso a la justicia, viendo así vulnerado uno de sus más importantes derechos fundamentales. Las formas de denegación más frecuentes utilizadas

[8] Art. 8: "1. Cualquier controversia relacionada con las inversiones entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será resuelta amigablemente entre las dos partes en cuestión.
2. Si no se hubiere resuelto la controversia dentro de un período de seis meses desde la fecha de su ocurrencia, será sometida, a solicitud del nacional o sociedad:
- al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión;
- o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativo a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965.
Una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva.
3. El fallo arbitral será definitivo y obligatorio para ambas partes."

[9] Art. 9 N° 1: "Este Artículo solamente se aplica a controversias entre una de las Partes Contratantes y un Inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a una presunta violación de una obligación de la primera, en virtud de este Acuerdo, que ocasione pérdida o daño al inversionista o a su inversión".

por los Estados son la violación del principio del derecho a un proceso justo y equitativo, o simplemente impedir el acceso del inversionista al juez.

a) La violación al principio del derecho a un proceso justo y equitativo

En lo tocante a nuestro tema, la denegación de justicia puede ser definida en sentido amplio, como "toda violación por parte del Estado hacia el deber que le incumbe de organizar o ejercer la función jurisdiccional de forma de asegurar una protección judicial mínima de los extranjeros"[10].

Resulta entonces necesario que el Estado receptor ponga todo de su parte con el fin de permitir al inversionista extranjero la posibilidad de acceder a su jurisdicción interna, y de proporcionarle un proceso justo y equitativo, llevado adelante en forma imparcial. En este sentido, el caso más interesante en materia de inversiones es el caso *Lœwen c. Estados Unidos* [11], en que un grupo canadiense fue condenado por un tribunal norteamericano, en virtud de un proceso inicuo, quebrando pocos años más tarde.

Es por ello que aprovechando el marco del TLCAN, la empresa decidió recurrir ante el Ciadi, argumentando, entre otras razones, que el proceso en cuya virtud se le condenó, no fue ni justo ni equitativo, y que había sido víctima de discriminación como consecuencia de su nacionalidad[12].

La decisión a este respecto del tribunal Ciadi fue muy interesante, ya que a pesar de no haber dado lugar a la demanda, por no haberse agotado todas las vías de recurso internas, reconoció la denegación de justicia llevada a cabo por la jurisdicción de Minnesota, y en consecuencia la violación del derecho de acceso a la justicia[13]. Así, el tribunal señaló que "[b]y any standard of measurement, the trial involving O'Keefe and Lœwen was a disgrace. By any standard of review, the tactics of O'Keefe's lawyers, particularly Mr Gary, were impermissible. By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford Lœwen the process that was due»[14] y que «[i]n the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant".

[10] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996. p. 37.
[11] *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Estados Unidos*, Ciadi N° ARB (AF)/98/3, sentencia de 26 de junio de 2003.
[12] P. KAHN, "Investissements internationaux et droits de l'homme", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, p. 99.
[13] Ibíd.
[14] *Lowen c. Estados Unidos*, cit. supra nota N° 11, § 119.

b) El impedimento de acceder al juez

Aun cuando impedir el acceso de un inversionista a la justicia constituya una denegación de justicia en sentido amplio, resulta más interesante tratarlo en forma separada, dada su posición temporal, anterior al inicio mismo del proceso. En este sentido, la imparcialidad y el proceso equitativo a los cuales toda persona tiene derecho no sirven de mucho si la posibilidad de acceso al juez no se encuentra garantizada[15].

Un caso que ilustra de muy buena manera nuestra afirmación es el que opuso a la sociedad iraní NIOC e Israel, donde este último se negó a nombrar un árbitro para zanjar la diferencia (situación no comprendida en la cláusula compromisoria), impidiendo de esta forma que NIOC accediera a la justicia arbitral. A ello, debe agregarse que desde el fallo del caso *Manbar*[16], la sociedad iraní quedó en una situación de imposibilidad total de acceder a cualquier jurisdicción arbitral, así como de solicitar la intervención tanto de jurisdicciones iraníes como israelitas.

Como la cláusula compromisoria a que hemos hecho referencia disponía que en caso de desacuerdo entre los dos árbitros acerca de la designación del árbitro presidente, este último tendría que ser designado por el presidente de la CCI de París, la sociedad NIOC acudió ante los tribunales franceses en busca de una decisión favorable a sus pretensiones.

Más allá de la decisión del tribunal de primera instancia[17] que desechó la demanda, lo que nos interesa realmente son los fallos emitidos con posterioridad por la Corte de Apelaciones de París y por la Corte de Casación francesa. En este sentido, la primera estimó que la sociedad NIOC se encontraba efectivamente en la incapacidad de acceder a la justicia tanto israelí como iraní, y decidió intervenir señalando que si se negaba a hacerlo, incurriría en denegación de justicia, imponiendo por consiguiente a Israel la obligación de designar un árbitro dentro de un mes.

La Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones, señalando que en virtud de un lazo, aunque débil, con Francia, "la denegación de justicia, aunque no forme parte de las condiciones previstas por el artículo 1493 del Código de Procedimiento Civil, puede fundar la competencia de las jurisdicciones francesas, a condición que se respete el orden público internacional"[18].

---

[15] Vid. supra. Nota N° 2.

[16] Fallo que consideró a Irán como Estado enemigo de Israel, impidiendo a los tribunales israelitas reconocer una sentencia pronunciada por tribunales iraníes o de conocer asuntos en los que sea parte un nacional iraní. Véase en este sentido, F. KAHN, op. cit. N° 12, p. 99.

[17] Tribunal de Grande Instance.

[18] Memo informativo, "L'actualité du contentieux", Baker & McKenzie, Paris, marzo, 2006, p. 6.

Así las cosas, falló diciendo que "la imposibilidad para una de las partes de acceder al juez, aunque sea un árbitro, encargado de resolver su pretensión, con exclusión de toda jurisdicción estatal, y de ejercer de este modo un derecho propio del orden público internacional consagrado por los principios del arbitraje internacional y el artículo 6 §1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, constituye una denegación de justicia que funda la competencia internacional del presidente del tribunal de primera instancia de Paris, en virtud de la misión de asistencia y cooperación del juez estatal a la constitución de un tribunal arbitral, por cuanto existe un nexo con Francia"[19].

IV. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental que en materia de inversiones internacionales adquiere una dimensión especialmente significativa, ya que se enfrentarán intereses contrapuestos de la más alta importancia. Por una parte los intereses del Estado y de la población en general, y por otra, el legítimo derecho del inversionista a defenderse.

Ahora bien, por más legítimos que sean los intereses del Estado, destinados a proteger los derechos fundamentales de sus habitantes, nada puede justificar la anulación de un derecho fundamental por excelencia, como lo es el acceso a los tribunales para solicitar una sentencia, dictada en virtud de un proceso equitativo, que resuelva una controversia.

Pero debemos ser cautos y nunca perder de vista el hecho de que el acceso a la justicia se compone de dos etapas. En primer lugar, y como bien dijo la Corte de Estrasburgo, el acceso al juez es imprescindible, ya que el establecimiento de reglas que impongan la obligación de tramitar un juicio en forma equitativa y respetando el debido proceso, de poco o nada sirve, si no se garantiza el derecho de toda persona a entablar una acción u oponer una excepción en orden a defender sus derechos. Pero por otra parte, y como sentenció la Corte Constitucional de Colombia en 1994, "[e]l derecho de acceso a la justicia, que tiene el carácter de fundamental, implica no sólo la posibilidad de poner en movimiento a través de la formulación de una pretensión, la actividad jurisdiccional del Estado, sino la de obtener una pronta resolución de la misma, y que la decisión estimatoria de la pretensión logre su plena eficacia, mediante

[19] "[L]'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France". Cass. Civ. 1ère, N° 404, de 01 de febrero de 2005, publicada en Bull. 2005 I N° 53, p. 45.

el mecanismo de la ejecución de la respectiva sentencia, que tienda a su adecuado cumplimiento"[20].

Afortunadamente, en lo tocante a nuestro tema, la jurisdicción internacional ha ido sentando un interesante precedente en orden a proteger por cualquier medio posible, pero siempre respetando los principios del orden público internacional, este derecho del cual nadie puede ser privado.

Bibliografía

Obras Generales

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996.

F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

Artículos

W. BEN AMIDA, "L'arbitrage face à un désordre procédural: La concurrence des procédures et les conflits de juridictions", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

R. BEN KHELIFA, "Le déni de justice en droit de l'investissement international: L'affaire Lœwen c. les Etats-Unis d'Amérique", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

F. HORCHANI, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", Journal du droit international, N° 2, 2004.

P. KAHN, "Investissements internationaux et droits de l'homme", en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

L. LIBERTI, "Investissements et droits de l'homme", en P. KAHN & T. WÄLDE, *New aspects of international investment law*, Leiden, Nijhoff, 2007.

R. PELLOUX, "L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme", AFDI, vol 21, 1975.

M. SORNARAJAH, "Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment", in A. ANGHIE, B. CHIMNI, K. MICKELSON & O. OKAFOR, *The Third World and the International Order: Law, Politics and Globalization*, Leiden, 2003.

Otros textos

Memo informativo, "L'actualité du contentieux", Baker & McKenzie, Paris, marzo, 2006.

[20] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-081 de 1994.

JURISPRUDENCIA

Corte Europea de Derechos Humanos

Golder c. Reino Unido, causa N° 4451/70, sentencia de 21 de febrero de 1975.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Villagán Morales y otros c. Guatemala (Caso Niños de la Calle), Serie C N° 63 § 234, sentencia de 19 noviembre de 1999.

Durand et Ugarte c. Perú, Serie C N° 68 § 101, sentencia de 16 agosto de 2000.

Cantoral Benavides c. Perú, Serie C N° 69 § 163, sentencia de 18 agosto de 2000.

Hilaire, Constantine, Benajmin y otros c. Trinidad & Tobago, Serie C N° 94 § 163, sentencia de 21 de junio de 2002.

Cantos c. Argentina, Serie C N° 97, sentencia de 28 noviembre de 2002.

Ciadi

The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Estados Unidos, Ciadi N° ARB (AF)/98/3, sentencia de 26 de junio de 2003.

Corte de Casación Francesa

Israel c. National Iranian Oil Company Society, Cass. Civ. 1era, N° 404, de 01 de febrero de 2005, publicada en Bull. 2005 I N° 53, p. 45.

Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo

María Fernanda Juppet Ewing
Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas
Universidad Central de Chile
Magister en Derecho de la Empresa
Universidad del Desarrollo
Master Mades en Entidades de Economía Social
Universidad de Valencia
Secretaria Académica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Autónoma de Chile

Resumen: El estudio de los ilícitos del derecho corporativo chileno, en los últimos años, ha sido orientado primeramente a través del análisis de los casos que han provocado modificaciones legislativas importantes en ellos. El presente artículo propone una mirada distinta para enfocar el mismo problema. Utilizando la buena fe como pilar basal para la justificación de la existencia de estas conductas ilícitas, asimila el aprovechamiento de asimetrías en la información y de la imperfección de los mercados, a la contratación de mala fe, como una abierta vulneración a la buena fe en los mercados, revisando someramente los ilícitos incorporados en las leyes de mercado de valores, sociedades anónimas, defensa de la libre competencia y de competencia desleal, desde dicho punto de vista. Este trabajo es una mera aproximación al tema, y su intención ha sido el proponer un enfoque diverso, como asimismo enumerar algunos de los ilícitos que se encuadrarían, en opinión de su autor, en dicha concepción del derecho corporativo moderno, a través de la incorporación de principios generales del derecho a la interpretación de las ramas empresariales de nuestro ordenamiento jurídico.

* * *

Antecedentes generales

Ante todo, resulta importante recalcar que el presente artículo constituye una primera aproximación a la materia, la cual, pudiera dar origen a un análisis normativo bastante más extenso que aquel que, por razones de extensión, ha dado origen a las presentes reflexiones presentadas en este artículo.

Es así como en principio es dable recalcar que resulta de la esencia de nuestra formación el considerar, en un sistema basado por el principio de legalidad,

que los conceptos de buena fe y la equidad necesariamente deben coincidir con la idea tradicional de mercado.

Especialmente, al evocar, el mero pronunciamiento de dichos conceptos al alero de un sistema económico liberal, en el cual prima el interés individual por sobre el interés colectivo, pareciera una construcción fuera de lugar, en atención a que dicho sistema económico suele asimilarse a conceptos más bien asociados a la inequidad, avaricia, codicia y ambición. Los más optimistas lo identifican con la libertad de emprendimiento y la autosuperación, pero en caso alguno con la buena fe y la equidad en materia contractual.

En el mismo sentido, se ha identificado la crisis económica del año 2008 y 2009 con la falta de ética de ciertos agentes de mercado internacionales, hecho que siendo en principio efectivo, no necesariamente implica lo que algunos economistas apocalípticos han calificado como "el fin del capitalismo".

Con todo, la idea de poner término al sistema capitalista de acuerdo a lo expresado en prensa en los últimos años, no deja de ser interesante, especialmente si consideramos que la aplicación de un sistema económico puramente liberal tuvo su fin con la promulgación de la primera reforma social, la cual, validando la intervención del Estado en la economía a fin de equiparar a los intervinientes de una relación contractual, abandona su rol de mero observador, para convertirse en un garante de la igualdad en las relaciones contractuales.

Incluso, podemos indicar que dicho sistema nunca ha sido aplicado, en los términos planteados por Adam Smith, en territorio alguno, en virtud de la función de policía reconocida al Estado, y por el carácter imprescindible de los Tribunales de Justicia, sin los cuales no podría desarrollarse actividad comercial con normalidad, en el entendido que las controversias son connaturales al ser humano, y que dichas diferencias no pueden ser resueltas por los particulares a través de la autotutela, condenada por razones evidentes en todo ordenamiento jurídico.

En tal sentido, las críticas surgidas, en mi opinión livianamente, en contra de nuestro sistema económico, y por ende, en la legislación económica y comercial vigente en nuestro país, a raíz de las consecuencias de la crisis sub prime, resulta no sólo injusta, sino evidentemente errónea. Tanto en cuanto la crisis vivida por Chile entre los años 2008 y 2009 no tuvo su origen en una falla normativa como quieren hacer creer algunos, sino que, en mi opinión, simplemente fue el resultado de dos elementos de diversa naturaleza: En primer lugar, la política social basada en subsidios, la cual al incorporar mayor flujo de circulante en la economía generó un proceso inflacionario que llevó al encarecimiento de los precios de productos básicos. Y, en segundo lugar, la crisis internacional, como directa consecuencia de nuestro carácter exportador.

La crisis internacional, por su parte, de acuerdo a la doctrina especializada, se basó en una conducta fraudulenta de ciertos agentes de mercado que generaron asimetrías en la información entregada a sus clientes viciando su consentimiento a la hora de contratar.[1] Entendiendo por asimetrías de la información, en palabras de Cooter y Ullen, como "un desbalance de la información entre las partes de un intercambio que impide el intercambio".[2]

Es decir, los antecedentes que posee una de las partes a la hora de contratar, en caso de ser conocidos asimismo por el otro contratante, lo prevendrían de establecer dicha relación contractual en los términos de la oferta propuesta.

Este equilibrio en la información reviste especial importancia en el desarrollo de las actividades económicas a través de la contratación en materia corporativa. No porque las reglas básicas en los términos de intercambio difieran sobremanera de los principios del derecho civil, sino que porque la base de todo el sistema recae en el principio de la buena fe en el mercado, y las consecuencias de una potencial asimetría de la información en este caso, o, en otras palabras, de un quiebre de dicho principio de la buena fe, implicaría pérdidas económicas sustanciales en todo el sistema, y no sólo en las partes de la relación jurídica afectada por el vicio, como es el caso del resto de las ramas del derecho.

Tras estas reflexiones iniciales, es posible entrar a desarrollar someramente la base normativa que, en nuestro derecho, da sustento a la hipótesis planteada en lo referente a sindicar a la buena fe del mercado como base para ciertos ilícitos corporativos.

En primer lugar, y a modo de antecedentes generales, resulta necesario recordar tres conceptos básicos:

- Qué entendemos por buena fe.
- Qué entendemos por mercado.
- Los elementos del mercado perfecto.

Para luego plantear razones normativas para sustentar que el principio de la buena fe sirve de base para la consagración de ilícitos corporativos de variados niveles de importancia en las transacciones comerciales de nuestro país. En primer lugar respecto de la normativa de sociedades anónimas y de mercado de valores, en las grandes transacciones nacionales. En segundo lugar, respecto de la normativa de libre competencia, previniendo las consecuencias perniciosas

[1] Franke, G; Herrman, M; Weber, T; "Information asymmetries and securitization design"; 2007, Http://ssrn.com/abstract=1107877

[2] Cooter, R.; Ulen, T; "Derecho y Economía"; Editorial del Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 65.

que los ilícitos consignados en dicha normativa pueden provocar respecto de los consumidores. Y, en tercer lugar, respecto de empresas de menor tamaño, a través de la ley de competencia desleal, que funda su ilícito civil base en la noción de la buena fe.

Concepto de buena fe

La noción de buena fe del derecho civil resulta plenamente aplicable en el prisma del derecho económico, como punto de partida para el análisis de la aplicación de este principio respecto de los ilícitos sancionados por nuestra legislación que forman parte del presente análisis.

Partiendo desde la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva, respecto del derecho corporativo, en la mayor parte de los ilícitos que estudiaremos el factor determinante corresponde a la buena fe subjetiva, debido a que resulta necesario que ambos contratantes formen el consentimiento con la convicción de estar obrando de acuerdo a derecho, en forma leal, y sin estar obteniendo un beneficio ilícito de la operación económica en desarrollo.

En atención a que por regla general los perjuicios respecto del contratante más débil en la relación contractual de estas características se generan por la existencia de una asimetría en la información de la cual disponen ambos contratantes, lo cual afecta directamente el consentimiento de uno de ellos, es en este punto en el cual se basa la aplicación de elementos de la buena fe como el criterio determinante para la identificación de un ilícito en materias de mercado de valores, derecho societario, libre competencia, competencia desleal y protección de los derechos del consumidor.

La buena fe objetiva, respecto de la ejecución de los contratos una vez prestado el consentimiento, también es tratada por el derecho económico y comercial: por ejemplo en los deberes de los directores de las sociedades anónimas, las circunstancias que otorgan el derecho a retiro respecto de accionistas disconformes, la garantía legal respecto de los derechos del consumidor, la aplicación de los deberes de protección de los consumidores, etc.

Por razones de tiempo centraremos nuestro estudio en la buena fe subjetiva, es decir, las condiciones que llevan a las partes a contratar, que por adolecer de falta de dicho principio son susceptibles de nulidad, o indemnizables pecuniariamente en virtud del perjuicio causado, e incluso sancionadas por medio de multa o presidio.

Si bien es cierto que el estudio de la buena fe, como es el caso de todos los principios generales del derecho, se ha concentrado preferentemente en el

Derecho Civil, y que a primera vista pudiera considerarse alejado de las prácticas usuales del derecho corporativo, no es menos cierto que en virtud del concepto de igualdad que debe primar en las relaciones económicas y comerciales desde un prisma jurídico, podemos seguir a Werner y Nehme al indicar que "...superando la idea de mera igualdad procedimental, termina siendo imperativo reconocer, con ayuda de conceptos abiertos tales como los de buena fe, decencia, equidad o uso común, que desigualdades severas en las prestaciones recíprocas niegan el orden mismo que el derecho está llamado a proteger".[3]

La buena fe en el mercado

Si partimos de la base que por mercado podemos entender: "Aquel lugar físico o virtual, en el cual se encuentran oferentes y demandantes para la transacción de bienes y servicios". Es decir, el punto de encuentro, en cualquier tipo de plataforma, desde donde surgen las relaciones comerciales tras el cruce de la oferta y aceptación, formando el consentimiento.

Debemos considerar que la base del sistema de mercado que hoy rige nuestras relaciones comerciales nos indica como bien jurídico protegido la confianza que terceros depositan en la claridad y objetividad del mercado como lugar de encuentro para la realización de transacciones comerciales, tanto en cuanto sin dicha confianza no es posible lograr la concreción de la finalidad del mercado, ya que sin confianza éste carecería de participantes, y como consecuencia directa, las transacciones en el mercado de que se trate quedarían suspendidas, o incluso, eliminadas.

De acuerdo al profesor de la Universidad de la Plata Mario Antonio Mojer, el concepto de buena fe se identifica con la idea de lealtad,[4] valor que circunscrito a la noción de mercado antes expuesta, sólo puede implicar que en las transacciones realizadas en este espacio facilitador del intercambio, las operaciones realizadas entre las partes deben encontrarse caracterizadas por la lealtad entre las partes, mediante la garantía de que ambas se encontrarán en igualdad de condiciones, al menos en virtud de la conducta de los contratantes involucrados.

Siguiendo los fundamentos de la teoría clásica de los mercados, la única forma de garantizar que las transacciones desarrolladas en él se ciñan a las normas de la buena fe es que se cumpla con las condiciones de la competencia perfecta.

[3] Werner, C., Nehme, N; "El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes desiguales"; en "Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello"; Tomo I, Editorial LexisNexis, 2005.

[4] Mojer, Mario Antonio; "La buena fe contractual"; **Ponencia presentada ante el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, setiembre de 2004**.

Los elementos del mercado perfectamente competitivo

Siguiendo la lógica de que al encontrarnos ante un mercado perfectamente competitivo sentaría las bases necesarias para la concreción de la buena fe en las relaciones económicas, resulta del todo necesario el enumerar y explicar brevemente los principios de competencia perfecta.

Es así como debemos indicar que para que exista competencia perfecta en un mercado de acuerdo a la doctrina de las ciencias económicas, deben darse una serie de condiciones mínimas, dentro de las cuales podemos distinguir: atomicidad del mercado, homogeneidad del producto, libertad de la industria, información perfecta, y plena libertad de circulación de los factores productivos.

1) Atomicidad del mercado

Por atomicidad del mercado podemos entender aquella característica que nos indican una gran cantidad de ofertantes y demandantes que entran y salen libremente del mercado. De tal manera que existirá un gran número de agentes de mercado dispuestos a realizar ofertas competitivas, y al mismo tiempo un gran número de potenciales ofertantes, lo cual aumenta considerablemente las probabilidades de formación de un consentimiento libre y espontáneo, en el cual ninguna de las partes tenga tal poder en la incorporación de condiciones en un contrato, que sus cláusulas atenten directamente con la libertad contractual.
La importancia del principio de atomicidad del mercado es fácilmente observable en las normas relativas a mercado de valores, tanto en cuanto todo aquel que cumple con los requisitos para participar en dichas transacciones, sea como emisor, inversionista o intermediario de valores, puede participar en él para ofertar o adquirir los títulos valores disponibles en el mercado, en la medida que se respeten los requisitos de acceso y permanencia en éste.

2) Homogeneidad del producto

Este elemento indica que los productos deben compartir características similares, de tal manera que sea factible la comparación de los bienes y servicios ofrecidos, por una parte, y su fácil reemplazo en caso de incumplimiento por una de las partes, por otra.

La existencia de homogeneidad en los bienes y servicios ofrecidos tiende a implicar una mayor facilidad para el aceptante para reemplazar al oferente, en caso de incumplimiento, sin sufrir perjuicios por la modificación de las condiciones del contrato libremente pactado entre las partes.

Para el oferente, por su parte, implica la libertad de encontrar una multiplicidad de potenciales aceptantes para el bien o servicio que pretende enajenar,

no dependiendo tampoco de las condiciones que le sean impuestas por su contraparte al momento de la negociación del contrato.

3) Libertad de entrada en la industria

El principio de libertad de entrada al mercado se traduce en la factibilidad práctica de cualquier ente económico que cumpla con los requisitos establecidos en el marco regulatorio de la actividad económica de que se trate, de participar activamente en el ejercicio de dicha operación.

En virtud de la incorporación en nuestra Constitución de garantías específicas destinadas a garantizar el libre acceso al dominio y el ejercicio del derecho de propiedad, por una parte, y a la libertad de realizar actividades económicas, o también conocida como libertad de emprendimiento o de empresa, por otra, este elemento del mercado perfectamente competitivo se encuentra plenamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que cualquier agente que cumpla con los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes, puede acceder a los bienes necesarios para la realización de cierta actividad económica, puede mantenerlos dentro de su patrimonio mientras esa sea su voluntad, y, finalmente, puede aplicarlos para el desarrollo de cualquier actividad productiva, que, en concordancia con las normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, sea su voluntad desarrollar.

4) Información perfecta

Este elemento corresponde a la inexistencia de "asimetrías en la información", o diferencias en la información disponible para las partes de una relación contractual, en el entendido que una de ellas posee un conocimiento de ciertas condiciones, que, de estar en poder de su contraparte, pudieran inducirle a no prestar su consentimiento o contratar en condiciones diversas a las originalmente aceptadas por ella.

En el contexto de que en el mundo actual la información se erige como un capital trascendental a la hora de tomar decisiones respecto de inversión, el sistema normativo propugna a que todos los agentes del mercado tengan un acceso equitativo a información de igual cantidad y calidad a la hora de tomar dichas decisiones. En la misma línea de antecedentes, es importante recordar que gran parte de nuestra regulación de valores propugna a la búsqueda de una entrega adecuada de información por parte de los agentes participantes del mercado, como asimismo de las condiciones y características esperadas por la autoridad de dicha información entregada.

En el entendido que este concepto resulta, en principio, impracticable en la realidad, debido a que existen agentes con un mayor grado de información por

una posición personal o familiar, como es el caso de los altos directivos de las sociedades anónimas abiertas, los funcionarios del ente regulador, sus familiares directos, etc. Nuestra Ley de Mercado de Valores, actuando en concordancia con los argumentos antes expuestos y previniendo futuros problemas prácticos, establece el delito de abuso de información privilegiada (artículo 164 y siguientes), sancionando incluso con penas de presidio a quienes infrinjan este deber de conducta, que les impide utilizar cualquier información que resulte relevante para tomar decisiones de información, a fin de obtener un beneficio o precaver un perjuicio para sí mismos o terceros.

5) Perfecta movilidad de los factores productivos

En este caso, la movilidad de los factores productivos se encuentra representada por la libertad de ingresar o salir del mercado de los diversos factores de la producción: trabajo, empresa, capital. Por tanto, conlleva el reconocimiento de una serie de garantías tales como: La libertad de trabajo, mediante la cual ninguna persona puede ser obligada a prestar sus servicios profesionales en condiciones que no haya aceptado libremente con anterioridad. La libertad de asociación, como la base fundamental para la generación de empresas, destinadas a organizar la actividad económica alineando a los diversos factores productivos restantes, y la libertad de desarrollar actividades económicas o empresariales, en el entendido que las entidades previamente organizadas requieren consecuencialmente la capacidad de ejercer sus garantías mediante el desarrollo de un emprendimiento concreto, destinado a la obtención de un beneficio económico lícito.

Las asimetrías de la información como vulneración al principio de la buena fe

Dentro de los principios antes enunciados, la información perfecta se erige como uno de los fundamentales dentro de la protección entregada por el legislador respecto del derecho comercial, tanto en cuanto en una sociedad de carácter neoliberal, la igualdad entre las partes resulta un pilar fundamental insustituible respecto de una economía social de mercado.

Lo anterior reviste un sentido especial, al considerar que esta economía social de mercado se sustenta asimismo en el sistema democrático como antecedente necesario para la existencia de la libertad de emprendimiento en el desarrollo de actividades económicas, pues el hombre sólo es capaz de emprender cuando es libre de crear y asumir los riesgos que implique la realización de la actividad mercantil originada por la empresa que cree.

Con todo, como lo indica la doctrina italiana en materia de formación del consentimiento, la igualdad entre las partes ha pasado a ser considerada como un

elemento de la esencia del acto jurídico, tanto en cuanto sólo aquellos que se encuentran en un pie de igualdad pueden contratar libremente.

Dicho lo anterior, el principal enemigo de las relaciones contractuales en este contexto se encuentra en las asimetrías de la información. De acuerdo a la doctrina norteamericana, el derecho de propiedad no sólo nos entrega la posibilidad de escoger con quien contratar, sino que, en directa relación con este derecho, nos permite excluir o rechazar a aquel con quien no deseamos contratar.[5]

Es decir, el derecho de propiedad al garantizarnos la facultad de disposición sobre el bien respecto del cual ostentamos propiedad nos permite discriminar lícitamente respecto de aquella persona con la cual deseamos contratar, en el marco de relaciones contractuales precisas y de negociaciones determinadas.

La libertad antes descrita no resulta aplicable respecto de las ofertas realizadas a indeterminada persona, como es el caso de un comerciante al alero de su establecimiento de comercio, porque el tal caso el ejercicio del derecho de exclusión recientemente aludido podría dar origen a una negativa injustificada de venta, conducta sancionada en virtud de nuestra ley de protección de los derechos del consumidor.

Con todo, y salva la aplicación de la teoría del derecho de exclusión, antes mencionada, resulta claro el indicar que la existencia de asimetrías de la información puede distorsionar nuestra toma de decisiones, al nivel de viciar nuestro consentimiento, al no contar ambos contratantes con todos los elementos requeridos para la determinación de la alternativa óptima para lograr su bienestar mediante la prestación de su consentimiento.

En dicho contexto, el abuso que pueden realizar ciertos agentes de mercado respecto de asimetrías de la información que distorsionen las relaciones comerciales entre las partes, implica una vulneración al principio de igualdad que puede llegar a herir de muerte las relaciones contractuales en nuestro país, tanto en cuanto aquel agente de mercado que cuenta con una mayor información respecto de su cocontratante, y, decidiendo hacer uso de dicha información, obra sobre seguro, induciendo a este agente más débil a contratar, afecta directamente el principio de la buena fe, al contratar de manera desleal, generando un perjuicio que afecta directamente la confianza de los agentes en el mercado mismo, restringiendo el número de personas que participarán en éste en el futuro, restringiendo las transacciones a producirse en él, estancando el crecimiento del país, y como directa consecuencia, su desarrollo.

[5] Strahilevitz, Lios Jacob; "Information Asymmetries and the rights to exclude, public law and legal theory workingpapers N° 109, The law school university of Chicago, 2005, p. 3.

Debemos comprender que, en el caso del mercado de valores, el hecho de que baje la confianza respecto de la transparencia de sus transacciones implica que menos personas accederán a él para realizar sus inversiones, como directa consecuencia de lo anterior, menos emprendedores conseguirán recursos financieros fuera de los bancos comerciales para desarrollar sus proyectos, lo que redundará en menos puestos de trabajo, menor crecimiento, menor recaudaciones fiscales, y, finalmente, menos políticas públicas.

En este contexto, resulta razonable que los castigos por este tipo de ilícitos resulten ejemplarizadores, pero sin dejar de observar que la educación a través de la imposición de sanciones no ha sido probada empíricamente, y, por tanto, sólo nos queda intentar su aplicación mediante una perspectiva que implique necesariamente criterios de eficiencia.

Ilícitos corporativos sustentados en la asimetría de la información

La información, como valor esencial de las relaciones económicas, ha dejado de ser considerada como un activo relevante para los inversionistas, para llegar a convertirse en un requisito indispensable en el correcto desarrollo de las actividades económicas. Es más, la trascendencia de este recurso en el desarrollo de las actividades empresariales ha implicado que variados negocios se basen principalmente en la gestión de información para la generación de beneficios económicos.

De tal manera, resulta factible colegir que las asimetrías en la información no siempre constituirán una vulneración de la buena fe del mercado, y, por tanto, no siempre constituirán un vicio al consentimiento de las partes, ni, por cierto, un ilícito en materia corporativa, es más, en variadas ocasiones podremos observar que existen negocios reconocidos y amparados por nuestra legislación que se basan en asimetrías de información.

Tal es el caso del negocio de la securitización de valores, el cual se basa, en palabras simples, en la emisión de instrumentos valores nuevos basados en instrumentos adquiridos previamente por la empresa securitizadora que diluyan el riesgo de los inversionistas que adquieran los instrumentos secularizados. La base de este negocio radica en la dificultad que presenta para el general de los inversionistas el realizar un estudio acabado y certero de los instrumentos económicos transados en el mercado, descansando gran parte de la responsabilidad en los análisis de las entidades securitizadoras.[6]

[6] Franke, G; Herrman, M; Weber, T; "Information asymmetries and securitization design"; SSRN- id 1107877, pp. 2 y sig.

Pero este negocio, reconocido y amparado por nuestro ordenamiento jurídico, se basa en una asimetría de la información existente entre el inversionista y la entidad securitizadora, en el sentido de que la empresa securitizadora ha estudiado previamente todos los títulos representativos de deuda adquiridos por ésta, y el inversionista ha estudiado sólo el resumen presentado a la venta por la entidad.

De tal manera la empresa securitizadora distribuye en mejor medida los riesgos asumidos por los inversionistas al otorgar financiamiento a una serie de deudores excediendo el marco de la actividad bancaria tradicional, mediante la venta de bonos, debentures, efectos de comercio, y otros instrumentos representativos de deuda.

Con todo, la entidad securitizadora posee mayor información respecto de los riesgos involucrados en la transacción que el inversionista final, al poder considerar, en palabras de Franke, Herrman y Weber: "Considerar el elemento de compartir los riesgos adversos entre el emprendedor y los inversionistas, en presencia de asimetrías de la información respecto de la factibilidad de pago del emprendedor".[7]

En un principio, cuando comenzamos a estudiar los ilícitos corporativos, tendemos a relacionarlos, en forma natural, con grandes conglomerados económicos, distanciando inmediatamente las consecuencias de dichos actos respecto de los consumidores. En mi opinión, dicha concepción es una visión, si bien común, errada respecto de nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien las primeras consecuencias de la legislación especial en la materia tienden a radicarse en los grandes grupos económicos, los principales riesgos de los ilícitos que a modo ejemplar revisaremos a grandes rasgos se radican en la generalidad de la población, debido a que los efectos de dichos incumplimientos se radican en los pequeños empresarios, inversionistas o consumidores que no pueden hacer frente a los abusos cometidos por ciertos agentes de mercado.

Por ejemplo, es sabido que cada vez que se genera un caso emblemático en materia de mercado de valores o de libre competencia esto afecta directamente el valor de las acciones de las compañías involucradas, o, en ciertos casos, a sectores completos del mercado, por tanto, ¿se afecta sólo a las empresas involucradas?, o ¿es posible defender que los efectos de dichas fluctuaciones de precios se radican también en las cuentas individuales de los cotizantes de AFP?,

[7] "Considers risk sharing between a risk averse entrepreneur and investors in the presence of information asymmetries about the entrepreneur's ability to pay." Op. cit., p. 6.

¿acaso los casos de colusión no perjudican directamente a los consumidores en mayor medida que a las empresas involucradas?, y, finalmente, ¿no es el objeto de la ley de competencia desleal venir a normar la competencia entre empresas que no cuentan necesariamente con poder de mercado?

En tal contexto, debemos revisar, someramente, algunos de los ilícitos corporativos de la ley de mercado de valores, ley de sociedades anónimas, ley de defensa de la libre competencia, y, finalmente, ley de competencia desleal.

a. Ley de mercado de valores

Respecto de la Ley N° 18.045, la cual regula el comportamiento de los intervinientes en el mercado de valores, debemos circunscribir su aplicación a todas aquellos agentes económicos que participan en dicho mercado bajo cualquier calidad, sea como emisores, intermediarios o como espacio mismo de transacciones, como es el caso de las bolsas de valores.

Los tres ilícitos escogidos, a modo ejemplar en este cuerpo normativo, implican en caso de ocurrencia, el riesgo de desincentivar a nuevos participantes en dicho mercado, o incluso el prevenir a ciertos agentes de continuar transando en él, con la subsecuente extracción de recursos del mercado. Es decir, la ocurrencia de cualquiera de estos ilícitos conlleva el riesgo de desincentivar a los ahorrantes a participar en el mercado, evitando que dichos recursos lleguen en forma eficiente a los inversionistas que los requieren para el desarrollo de sus actividades económicas, frenando el desarrollo económico del país, afectando a la sociedad en su conjunto.

1) Abuso de información privilegiada (Ley 18.045)

Respecto del ilícito de abuso de información privilegiada, modificado por última vez mediante la ley 20.382, del 20 de octubre del año 2009, se intenta sancionar no a aquellos que han tenido acceso a información considerada como esencial para la toma de ciertas decisiones económicas, que quiebran el principio de igualdad entre las partes.

Lo sancionado, en el desarrollo de la conducta ilícita, es la contratación de mala fe, es decir, utilizando dicha información, o no cumplir con el deber de lealtad para con la compañía y no abstenerse de comunicar dicha información[8] a terceros.

[8] *Artículo 165. **Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respetivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno**, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada.*

El abuso de información privilegiada contiene una serie de requisitos: en primer lugar, el obtener dicha información en virtud de un cargo, posición, actividad o relación con el emisor de valores o con personas relacionadas con dicho emisor de valores, y, en segundo lugar, el incumplimiento del deber de reserva de dicha información, o la utilización de tal información para obtener un beneficio, o precaver una pérdida para sí mismo o terceros.

2) Operaciones entre partes relacionadas (Ley 18.046)

En este caso, la ley de sociedades anónimas, por su parte, sanciona la realización de una operación desarrollada con personas relacionadas a los directores de una sociedad anónima abierta en caso de que dicho interés no haya sido debidamente declarado y aprobado por el directorio, debiendo pronunciarse expresamente respecto de dicha operación y rendir cuenta de la misma en la siguiente junta ordinaria de accionistas.

Con todo, el acto no será susceptible de nulidad, procediendo sólo sanciones respecto de los directores que no hubieran cumplido con las condiciones de transparencia impuestas por la norma en comento.

Este principio tiene sustento en el principio de la buena fe en la ejecución de los actos y contratos por parte de los accionistas controladores respecto de los accionistas minoritarios, al considerar que esta norma impone una traba a una de las técnicas tradicionales de extracción de valor respecto de una compañía, al contratar con entidades relacionadas a precios mayores a aquellos ofrecidos por la competencia en el mercado.[9]

---

*Asimismo, **se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación** con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza.*

*No obstante lo dispuesto precedentemente, **los intermediarios de valores que posean la información privilegiada a que se refiere el artículo anterior, podrán hacer operaciones respecto de los valores a que ella se refiere, por cuenta de terceros, no relacionados a ellos, siempre que la orden y las condiciones específicas de la operación provenga del cliente**, sin asesoría ni recomendación del intermediario, y la operación se ajuste a su norma interna, establecida en conformidad al artículo 33.*

Para los efectos del inciso segundo de este artículo, las transacciones se entenderán realizadas en la fecha en que se efectúe la adquisición o enajenación, con independencia de la fecha en que se registren en el emisor".

[9] *"Artículo 44. **Una sociedad anónima cerrada sólo podrá celebrar actos o contratos que involucren montos relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado**, salvo que los estatutos autoricen la realización de tales operaciones sin sujeción a las mencionadas condiciones.*

***El directorio deberá pronunciarse con la abstención del director con interés**. En el acta de la sesión de directorio correspondiente, deberá dejarse constancia de las deliberaciones para aprobar los términos y condiciones de los respectivos actos o contratos, y tales acuerdos serán informados en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.*

3) Manipulación de precios de mercado

El ilícito de manipulación de precios de mercado implica la entrega a la Superintendencia de Valores y Seguros, o al público en general, de información falsa o tendenciosa, con la finalidad de alterar los precios de un título valor en el mercado artificialmente, generando ganancia indebida, por medio de un engaño a los participantes del mercado.

De acuerdo al artículo 59 de la ley de mercado de valores, *"Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.*
Los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores o al público en general, para los efectos de lo dispuesto en esta ley;
a) Los y apoderados de una bolsa de valores que den certificaciones falsas sobre las operaciones que se realicen en ella.
b) Los corredores de bolsa y agentes de valores que den certificaciones falsas sobre las operaciones en que hubieren intervenido.
c) Los contadores y auditores que dictaminen falsamente sobre la situación financiera de una persona sujeta a obligación de registro en conformidad a esta ley".

La dureza de las penas antes indicadas no es antojadiza, ya que, como ha indicado la literatura especializada, la existencia de una manipulación de precios en mercados menos transparentes ni limitará sus efectos a dicho mercado, sino que traspasará sus efectos a otros mercados de mayor transparencia, en el entendido que las transacciones sobre títulos valores pueden desarrollarse en diversos mercados al mismo tiempo, por ejemplo: si es que una empresa chilena cotiza en bolsas internacionales, los efectos de la manipulación de precios de mercado

Se entiende que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital; (iii) las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas sea director o dueño, directo o indirecto, del 10% o más de su capital, y (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos.
Para los efectos de este artículo, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 unidades de fomento. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un período de 12 meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto.
La infracción a este artículo no afectará la validez de la operación y sin perjuicio de las sanciones que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas y a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados. En caso de demandarse los perjuicios ocasionados por la infracción de este artículo, corresponderá a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad que justifican su realización. Con todo, no será aplicable lo establecido en el inciso primero si la operación ha sido aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de 2/3 de los accionistas con derecho a voto".

en que incurran algunos de sus directores en Chile afectará el comportamiento de dicho título no sólo en los valores que se transen en nuestro país, sino que los efectos de dicho ilícito trascenderán nuestras fronteras nacionales,[10] como asimismo, el descrédito en los papeles locales.

En el mismo contexto, otro efecto producido por el desarrollo de estas conductas es la afectación de la liquidez de los papeles afectados,[11] es decir, la falta de confianza inspirada en el mercado en virtud de la comisión de estos ilícitos implica que una menor cantidad de agentes desea adquirir estos títulos con posterioridad, disminuyendo la factibilidad de financiamiento de una serie de inversiones con posterioridad a la sanción de estas conductas, generando pérdidas globales en la generación de riqueza de la economía afectada.

b. Ley de defensa de la libre competencia

Dentro de la ley de defensa de la libre competencia, Decreto Ley 211, recientemente modificado el año pasado, es posible distinguir una serie de ilícitos que implican, necesariamente la generación de asimetrías en la información de los consumidores, las cuales afectarían indudablemente el consentimiento de dichos contratantes, dentro de ellas, trataremos someramente las conductas concertadas y las prácticas predatorias.[12]

1) Conductas concertadas

Uno de los ejemplos más claros de vulneración al principio de buena fe respecto de la ley de libre competencia se refiere a las conductas concertadas, dentro de las cuales podemos distinguir al cartel y a la colusión.

---

[10] Drudi and Massa; "Price Manipulation in parallel markets with different transparency"; 2002; SSRN - id 302495, pp. 7 y sig.

[11] Allen, F; Litov, L; Mei, J; "Large investors, Price manipulation, and limits to arbitraje: an anatomy of market Corners"; 2004, SSRN-id1294565, p. 3.

[12] **Artículo 3 °**. El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.
Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:
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
b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

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.[13]

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.[14]

El ilícito de **colusión**, el cual 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.[15]

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 a 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.

[13] Valdés, (2006), p. 521.
[14] Hovenkamp, (2005), p. 126.
[15] Valdés, (2006), p. 517.

2) Prácticas predatorias

La depredación, como práctica anticompetitiva, puede darse tanto en forma horizontal, es decir, entre agentes de una misma etapa de la cadena de producción; como vertical, afectando a distintas etapas de la cadena de producción, como por ejemplo a un agricultor de berries y a una fábrica de jugos naturales, y que tiene por objeto eliminar competidores reales o potenciales, que ya se encuentran operando en el mercado, con la finalidad de eliminarlos o de absorberlos.

Respecto de la doctrina especializada, se asocia comúnmente a la depredación con la falta de información, es decir, nuevamente la mala fe a la hora de provocar el consentimiento de los consumidores, o incluso de los competidores. Como lo indica el profesor Coloma: "La teoría básica de la depredación (por ejemplo, Kreps y Wilson, 1982, o Milgrom y Roberts, 1982) enfatiza el papel de la información incompleta y de los mecanismos de señalización como los elementos que racionalizan el comportamiento de las empresas".[16]

En el caso del derecho chileno, las prácticas predatorias son sancionables cuando sean realizadas con la intención de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado.

c. Ley de competencia desleal (Ley 20.169)

La ley de competencia desleal, publicada con fecha 16 de febrero del año 2007, es un cuerpo normativo que en principio tiene por finalidad el cautelar el ejercicio de la competencia entre proveedores, es decir, regular la forma de desarrollar las actividades comerciales entre empresas. Esta norma, inspirada principalmente en el derecho español que distingue entre las conductas realizadas por empresas con poder de mercado, y entidades que no lo tienen a la hora de realizar la conducta antijurídica.

Con todo, y al contrario de la opinión general respecto de este tema, resulta indiferente, en principio, para la aplicación de esta normativa la existencia en la relación contractual de un proveedor con poder de mercado, entendiendo por tal la capacidad de influir y determinar las decisiones del otro, correspondiendo dicha circunstancia a sólo una de las circunstancias que pudieran poner en aplicación las normas de la Ley N° 20.169. En consecuencia, esta ley subsanará los conflictos entre empresas competidoras directas, de mediana o pequeña envergadura.

[16] Coloma, G; "Un modelo integrado de depredación y colusión"; Documento de trabajo N° 200, 2001, CEMA, p. 3.

La técnica legislativa utilizada en esta ley, siguiendo la línea impuesta en la Ley de defensa de la libre competencia, divide las conductas en un ilícito genérico y una lista ejemplar, no taxativa, de ilícitos incorporados en la ley.

Uno de los principales avances de esta ley se encuentra dado por el hecho de que el lícito general definido en su artículo tercero se basa directamente en la vulneración del principio de la buena fe en las relaciones entre competidores, al conceptualizar como "acto de competencia desleal, toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado".

Respecto del ilícito chileno, las condiciones determinantes para la concurrencia de la conducta sancionada se encuentran dadas por la circunstancia de ser la conducta calificable como contraria a la buena fe, por una parte, y que su finalidad busque la desviación de la clientela de un agente de mercado, distanciándose en este punto de la normas española y argentina,[17] ambas usadas de base para la regulación chilena.

La técnica legislativa española establece dos requisitos que deben concurrir para que se incurra en la conducta sancionada, "a saber, que distorsione gravemente las condiciones de competencia y que esa grave distorsión afecte al interés público".[18]

En tal sentido la norma chilena comprende un sinnúmero de situaciones que la legislación española descarta, incorporando en la protección de la normativa en comento a las empresas de menor tamaño, entregándoles una herramienta para cautelar el comportamiento de sus competidores independientemente de que el perjuicio que los afecte no revista consecuencia alguna para el interés público. La ley argentina, a su vez, se distingue de ambas restringiendo la aplicación de esta normativa a aquellos casos en que se afecte el interés económico general, incorporando un elemento pecuniario que no se encuentra en las normas antes citadas.[19]

De tal manera, podemos establecer en forma preliminar que la incorporación de la buena fe como criterio total del derecho de competencia desleal en el tipo genérico de nuestro país corresponde a los objetivos delimitados por el Ejecutivo a la hora de la presentación del proyecto de ley, en razón de las necesidades generadas por el país en virtud de su apertura económica, al indicarse

[17] Historia de la ley 20.169, Mensaje presidencial, p. 8.
[18] Ferrandiz, José Ramón; "Competencia desleal y defensa de la Competencia"; Cuadernos de Derecho Judicial XI-2002, Consejo General del Poder Judicial; 2002; Madrid; p. 27.
[19] García, S.; "Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor"; LexisNexis; 2004, Buenos Aires; p. 23.

en aquel que: "Adicionalmente, los actuales tiempos, en los que Chile se inserta con fuerza en el mercado internacional a través de los diferentes tratados que en materia económica se han llevado adelante hace necesario que se realice un esfuerzo adicional en materias que al día de hoy carecen, a lo menos, de una regulación sistemática, que permita a los agentes del mercado actuar con la seguridad de que se han de proteger valores como la buena fe, y la leal y honesta competencia económica".[20]

Y luego, a modo ejemplar, individualiza una lista de conductas no taxativas contenida en el artículo 4° de la ley, dentro de las cuales destacan el aprovechamiento injusto de la reputación ajena, la introducción de signos que induzcan a error sobre las ventajas proporcionadas por ciertos bienes, las aseveraciones falsas sobre los bienes, toda comparación basada en un antecedente que no sea demostrable, etc.[21]

Con todo, tanto la conducta genérica como las conductas ejemplares sancionables mediante la aplicación de la ley de competencia desleal, involucran la vulneración de la buena fe como un elemento sustantivo en el incumplimiento de las obligaciones mercantiles básicas entre competidores.

Conclusiones

Es dable concluir, a través de una vista preliminar a algunos de los cuerpos normativos más importantes en materia de derecho corporativo, la existencia

[20] Historia de la ley 20.169, Mensaje presidencial, p. 7.

[21] Artículo 4°.- En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes:
a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.
b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.
c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.
d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.
e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.
f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.
g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

empírica de ilícitos tanto civiles como criminales, que sancionan el aprovechamiento o generación de asimetrías en la información en la formación del consentimiento, en virtud del principio de la buena fe en el mercado.

Es factible plantear que la buena fe al momento de contratar resulta un presupuesto básico en materia de derecho corporativo, al erigirse como un pilar fundamental del sistema económico, como una base necesaria para la prestación de un consentimiento informado y libre de vicios, generando sólo enriquecimiento lícito dentro del marco de las libertades garantizado constitucionalmente para el desarrollo de las actividades empresariales.

La buena fe del mercado entonces se erige como un presupuesto necesario para la generación de riqueza, al sustentar la credibilidad de un sistema de generación de fuentes de financiamiento y desarrollo de actividades empresariales, que, sin su existencia y respeto, carecerían de factibilidad práctica.

Bibliografía

ALLEN, F; LITOV, L; MEI, J; "Large investors, Price manipulation, and limits to arbitraje: an anatomy of market Corners"; 2004, SSRN-id1294565, p. 3.

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.

COLOMA, G; *"Un modelo integrado de depredación y colusión"*; Documento de trabajo N° 200, 2001, CEMA.

COOTER, R.; ULEN, T; *"Derecho y Economía"*; Editorial del Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 65.

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.

DRUDI AND MASSA; "Price Manipulation in parallel markets with different transparency"; 2002; SSRN - id 302495, pp. 7 y sig.

FERRANDIZ, José Ramón; "Competencia desleal y defensa de la competencia"; Cuadernos de Derecho Judicial XI-2002, Consejo General del Poder Judicial; 2002; MADRID; p. 27.

FRANKE, G; HERRMAN, M; WEBER, T; "Information asymmetries and securitization design"; 2007, Http://ssrn.com/abstract=1107877

GARCIA, S.; "Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor"; LexisNexis; 2004, Buenos Aires.

Historia de la ley 20.169, Mensaje presidencial gobierno de Chile.

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.

MOJER, Mario Antonio; "La buena fe contractual"; **Ponencia presentada ante el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, septiembre de 2004**.

OECD, *"Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under nacional competition laws"*, 09 april 2002.

OECD, *"Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without direct evidence"*, 2006.

PAGE, William H. *"Comunication and Concerted Action"*, (2006). 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.

STRAHILEVITZ, Lios Jacob; "Information Asymmetries and the rights to exclude, public law and legal theory workingpapers N° 109, The law school university of Chicago, 2005.

UTTON, M.A; *"Market Donminance and Antitrust Pollicy"*, Second Edition, Edward Elgar Publishing Limited, 2003.

VALDÉS PRIETO, Domingo, *"Libre competencia y monopolio"*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed, Santiago de Chile, 2006.

WERNER, C., NEHME, N; "El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes desiguales"; en *"Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello"*; Tomo I, Editorial LexisNexis, 2005.

Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación

Lusitania Villablanca Cerda
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción
Master Université de Bourgogne, Francia
Estudiante de Doctorado Paris 2 Pantheon Assas

Resumen: El término *regulación* ha sido utilizado por los autores franceses restringiéndolo a una nueva forma de intervención estatal en la economía, ya sea aludiendo a una nueva rama del derecho. La primera acepción permite comprender por qué en una economía liberal es posible utilizar mecanismos jurídicos con el fin de evitar las desviaciones de la libre competencia. Ella explica también por qué el Estado ha abandonado el rol de actor económico, restringiendo su intervención a formas no coercitivas. La segunda noción de regulación, la más controversial, apunta a la intervención del Estado en sectores económicos sensibles, como la energía, la banca, los medios de comunicación y otros. En cualquier caso, la regulación se caracteriza por una nueva forma de producir y de aplicar las normas sectoriales. Ella explica fenómenos tales como la autorregulación y la *sof-law*, fenómenos denominados *nuevas formas de regulación*.

* * *

Nuestro amable lector ha de permitirnos comenzar realizando ciertas precisiones que si bien no son imprescindibles para la comprensión del fondo del tema, lo son para comprender sus motivaciones. Hace unos cuanto años, el más insigne de los juristas chilenos nos hablaba de la "exquisita experiencia regulatoria francesa". Un vez abocados al estudio de la regulación de los sectores económicos, nos vimos enfrentamos a un gran vacío *pedagógico*: no hemos encontrado un estudio en lengua castellana que nos defina de qué habla el jurista cuando habla de la regulación. Es cierto que existen en lengua castellana múltiples estudios sobre la regulación de distintos sectores económicos, pero ellos siempre dan por subentendida la noción misma de regulación. En otros casos, aun cuando los autores son juristas, los estudios se limitan a exponer las teorías económicas en torno a la regulación, careciendo de todo enfoque jurídico. De esta forma sólo los juristas iniciados en materias económicas pueden entender fácilmente

el tema. En nuestro caso remarcamos que nuestra aproximación a la regulación es esencialmente jurídica y que el uso de nociones económicas se restringirá a las necesidades que el tratamiento del tema plantea.

Una situación completamente inversa se da en Francia, como nuestro prestigioso jurista nos había adelantado. Los juristas franceses han intentado y logrado apropiarse del tema de la regulación y volverlo estrictamente jurídico, sin por eso desconocer su ligazón con las nociones económicas. De esta manera podemos afirmar que este texto tiene dos objetivos, el primero consiste en exponer sintéticamente las distintas formas en que la doctrina francesa se ha planteado la noción de *regulación*, el segundo es exponer los argumentos que algunos autores franceses han esgrimido para afirmar la existencia de una nueva rama del derecho: el derecho de la regulación económica. Esta nueva rama del derecho se caracteriza por admitir el uso de nuevos instrumentos jurídicos (denominados "nuevas formas de regulación"), que van más allá de las leyes, reglamentos o decretos transformando, de esta forma, nuestra visión del derecho.

La *regulación* es un término esencialmente polisémico, en efecto un autor, M. Jeammaud[1], afirma la existencia de a lo menos 4 usos y de 6 acepciones de dicho término. La noción es utilizada en distintas áreas de estudio tales como las ciencias económicas, la biología, la mecánica y la sociología.

Lo primero que todo jurista debe tener claro es que no hay que restringir ni identificar el término regulación con la reglamentación, con las leyes y reglamentos, error recurrente que se origina por el parecido fónico existente con el término inglés *regulation* y que alude a la reglamentación.

Definir jurídicamente en qué consiste jurídicamente la regulación es políticamente *complicado*, ya que de la forma como se conciba la regulación dependerán la intervenciones del Estado en la economía que se considerarán aceptables, asumiendo que la regulación existe en las economías que se consideran liberales. Dicho de otra forma, mientras más amplia sea la noción de regulación, más intervenciones estatales en la economía serán consideradas legítimas.

Comencemos con un poco de historia. En Francia, la definición *jurídica* de la regulación ha dado lugar a numerosos estudios y debates, subsistiendo hasta el día de hoy dos grandes tendencias (que reflejan el pensamiento político-económico de sus propulsores), las que, según entendemos, surgen a partir del

[1] Jeammaud, A. (1998): "Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concept en jeu", en *Les transformations de la régulation juridique*, MARTIN, Gilles, y CLAM, Jean, (directores), (Paris, LGDJ), pp. 47-72, especialmente p. 53; otras nociones en Frison-Roche, M-A., (2004), «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz* 2, N°2, Chroniques, pp. 126-129.

año 2004[2], año en el que se produce un boom de artículos y coloquios sobre el tema. Sin embargo, tenemos la impresión que los estudios específicamente dedicados a esta materia comenzaron en 1998 con ocasión de un coloquio que paradójicamente trataba las *nuevas formas de regulación*[3].

Una primera concepción de la regulación es sustentada por la profesora Frison-Roche, quien el año 2001 publica un artículo denominado *el derecho de la regulación*[4], afirmando que la regulación económica constituye una nueva rama del derecho. Este artículo dio origen a una discusión doctrinaria, encabezando la postura contraria la profesora Laurence Boy[5]. Podríamos decir que las doctrinas que ellas exponen constituyen las dos grandes concepciones de la regulación que se han sustentado en Francia y son la base de las reflexiones llevadas a cabo hasta el día de hoy. Como estas dos concepciones opuestas son el reflejo de la visión política de quienes las sustentan resulta que optar por una u otra posición conduce a asignar roles, objetivos e instrumentos diferentes a la regulación.

Ya en el fondo de nuestro tema, analicemos las tres acepciones jurídicas que pueden otorgársele a la palabra regulación[6]:

a) *Sentido amplio:* forma parte de la regulación toda intervención de la autoridad pública en cualquier sector económico, destinada a remediar las fallas del mercado. He aquí una primera noción económica: entenderemos por falla de mercado los defectos de la economía de libre mercado, los puntos en que ésta cojea. Por ejemplo, nos dirá un economista, para remediar las externalidades negativas de una actividad o para remediar las asimetrías de información. En este sentido, la regulación comprende la reglamentación clásica (leyes, decretos, reglamentos) y toda otra forma de intervención jurídica o económica de la autoridad pública (un comunicación de una superintendencia, por ejemplo). Se trata de la noción clásica de la regulación.

b) *Sentido restringido:* en este sentido la regulación está restringida a las normas que resultan de la actividad realizada por las autoridades de la regulación (las

[2] Cabe destacar que el Diccionario de la cultura jurídica no contiene ninguna definición de la regulación. Alland, D. y Rials, S., (2003): *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, PUF-Lamy), 1680 pp.

[3] Las actas de este coloquio fueron posteriormente publicadas y dieron origen a un libro denominado *Les transformations de la régulation juridique*, Martin, G. y Clam, J. (directores), (1998), Paris, LGDJ, pp. 47-72.

[4] Frison-Roche M-A. (2001), *"Le droit de la régulation"*, *Dalloz*, pp. 610-616.

[5] Boy, L. (2001) "Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)", *Dalloz*, N° 37, pp. 3031-3038.

[6] Barbou des Places, S., (2004):"Contribution (s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-48, especialmente p. 39, nota al pie N° 8.

superintendencias por ejemplo) y que están destinadas a organizar sectores económicos que se abren a la libre competencia, por ejemplo la producción, transporte y distribución de gas, de energía eléctrica, o las telecomunicaciones. Las autoridades de regulación que elaboran estas reglas presentan una fisonomía particular, que también evocaremos, denominándose en Francia *autoridades administrativas independientes* o AAI, *agencias* en el caso de Norteamérica y QUANGOS en Inglaterra.

c) *Sentido particular:* en este sentido la regulación es entendida como una nueva rama del derecho, constituida por todas las formas en que el Estado interviene en distintos sectores de actividad, con distintos fines (ya no está limitada a remediar las fallas del mercado). Esta rama del derecho se caracteriza, hoy en día, por recurrir a nuevas formas de elaboración y aplicación de la regla jurídica y por el desuso de las formas autoritarias y verticales a favor de la *soft law*, de la autorregulación, de la co-regulación, etc. Ella tiene lugar principalmente en el ámbito económico, pero no tiene por qué verse limitada a este sector.

En la primera parte de este estudio (I) expondremos el análisis francés de la noción de regulación, comenzando por el sentido clásico del término (A) y terminando con el análisis de las particularidades que presentaría el derecho de la regulación (B). En la segunda parte (II) analizaremos la noción de "nuevas formas de regulación", en ambos casos, como ya hemos dicho, la exposición se basará en la doctrina y legislación francesa.

I. La noción clásica de la regulación

Basándonos en los principales artículos que se han escrito en la materia, expondremos los principales fines que se han otorgado a la regulación según la doctrina francesa.

A) La regulación es una nueva forma de intervención estatal en la economía[7]

Las palabras clave en este punto son el que se trata de une intervención "nueva" y que está restringida a las materias "económicas". La novedad de esta intervención reside en la *forma* cómo se elaboran y cómo se aplican las normas. En este caso la palabra regulación hace referencia a un fenómeno socio-jurídico que se caracteriza por el abandono o a lo menos el desuso progresivo de las formas clásicas y autoritarias de elaboración de las normas, entendiendo por tales la creación de normas por el Congreso Nacional o por el Poder Ejecutivo en

[7] Como podemos percibir, este uso de la palabra regulación comprende el primer sentido que citamos más arriba, pero hay que remarcar que a diferencia de él, éste es sólo un aspecto, un objetivo de la regulación, entre otros.

virtud de una delegación de poder, y que tiene lugar en el ámbito económico. Así la regulación se caracteriza por el recurso a la *soft law*, a la autorregulación, a la co-regulación, y a otros mecanismos que más adelante evocaremos. La regulación tiene por objetivo paliar los defectos del mercado, los defectos de la jerarquía y los defectos del sistema jurídico estatal.

Para explicar este fenómeno hay autores que transponen el significado dado a la palabra regulación en las ciencias mecánicas y biológicas, aplicándolo al derecho. Según las ciencias mecánicas constituye *regulación* todo mecanismo que permite a un sistema "mantener la constante de una función que ella tiende a asegurar"[8] (TIMSIT, 2004, p. 5). Imaginemos una máquina que debe funcionar a una velocidad determinada y constante, velocidad que debido a las perturbaciones externas puede verse alterada. Los ingenieros han creado mecanismos para impedir que estas perturbaciones externas alteren el ritmo de la maquinaria. Estos mecanismos constituyen la regulación.

La regulación tiene así lugar al interior de un sistema que arriesga caer en crisis y su rol es el de asegurar el funcionamiento de este sistema y el cumplimiento de sus fines.

G. Timsit, aplicando este sentido de la palabra regulación a las ciencias jurídicas, sostiene que el sistema en crisis es la teoría clásica de la normatividad social, crisis de la que nace una nueva normatividad que se manifiesta a través de diferentes fenómenos, los que se agrupan bajo el término *regulación* [9]. Dicho en términos más simples, la regulación es la respuesta a una crisis social, crisis que afecta al Estado, al derecho y al sistema económico liberal como modelo imperante.

Explica el citado autor, que los dos modelos que conforman la teoría clásica de la normatividad social, esto es, el modelo del Estado y el modelo del Mercado, operan según lógicas contradictorias y persiguen distintos objetivos. El modelo del Estado opera conforme a la racionalidad burocrática y persigue el *interés general*, lo que se logra al preservar el interés de cada uno de sus

[8] *"El término regulación comienza a ser utilizado en el siglo XVIII por las ciencias técnicas (maquina de Watt) y luego en el siglo XIX en psicología (Claude Bernard), después de la Segunda Guerra Mundial, para sufrir una extraordinaria difusión en las ciencias sociales, bajo la influencia de la cibernética y en el cuadro de la teoría general de los sistemas. La regulación constituye un elemento clave de esta última: todo sistema organizado, formado de un conjunto de elementos interdependientes y que interactúan, estaría en permanente confrontación con factores de inestabilidad que provienen de su ambiente; la regulación recubre el conjunto de procesos por los cuales los sistemas buscan mantener su "estado estacionario" anulando el efecto de perturbaciones exteriores."* Chevalier, J. (2001),: "La regulation juridique en question", Droit et Société, N°49, pp. 827-846, especiamente p. 828. (Traducción realizada por la autora).

[9] Timsit, G. (2004): "La Régulation, la notion et le phénomène" edición especial "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 5-12, especialmente p. 8.

miembros a través de una vigilancia bajo coerción, estos es por medio de las normas jurídicas. El modelo de mercado, por su parte, opera según la lógica concurrencial y persigue un *equilibrio general*, equilibrio que se asegura porque la convergencia de los intereses individuales conlleva el interés de todos. El modelo de mercado afirma que dejando actuar libremente al mercado, sin ningún tipo de restricciones jurídicas, se asegura de forma más efectiva el bienestar general e individual.

Se dice así que cada modelo posee un tipo de normatividad: el modelo de mercado opera a través de un orden espontáneo, automático, en el que cada uno busca su propio provecho, mientras que en el orden estatal se trata de una normatividad impuesta, elaborada por una entidad suprema ubicada en lo más alto de la organización (recordemos a Kelsen).

Es evidente que se trata de dos modelos opuestos pues, cada uno expresa los defectos del modelo contrario, así la normatividad estatal busca remediar las falencias derivadas de la normatividad espontánea del modelo de mercado. Un ejemplo: el modelo de mercado nos indica que el precio de mercado originado en el juego de oferta y demanda es justo y perfecto, pero dicho modelo supone, para funcionar en equilibrio, una información completa del mercado, completitud que no existe en la realidad y que se suple a través de reglas burocráticas tales como la exigencia de transparencia (impuesta por el modelo coercitivo estatal) existente en determinados mercados reglamentados (por ejemplo en materia de energía eléctrica).

Se trata, en ambos casos, de concepciones ideales (por eso los denominamos "modelos"). Este carácter utópico constituye uno de los orígenes de las crisis existentes en el modelo clásico de la normatividad social. Ni las normas jurídicas son perfectas, ni el libre mercado puro y duro aseguran el bienestar general. Ninguno de los dos, por sí solos, son eficaces a un 100%. En efecto, el mercado posee defectos que afectan el modelo de la libre competencia, tales como el poder de los monopolios, la viscosidad, la asimetría de la información, las insuficiencias en el suministro de bienes colectivos, etc. Los economistas pueden hablarnos largamente de ello. Como juristas nos basta constatar la existencia de fallas.

Por el contrario, como juristas conocemos bien que el Estado posee defectos, tales que las fallas de la autoridad para poner en obra y concebir políticas públicas. Sumémosle a esto la crisis de legitimidad que afecta los dos modelos citados, Estado y economía son mal vistos por la ciudadanía.

Este conjunto de defectos justifica la existencia de una regulación cuyo objetivo es paliar todos estos defectos de la forma como describiremos a continuación:

i) La regulación, instrumento jurídico para paliar las fallas del mercado

Esta función de la regulación es especialmente necesaria en las industrias que operan en torno a redes, la electricidad, la telefonía, el gas, y que hoy en día están, en la mayoría de los países, abiertas a la libre competencia. La regulación, así concebida, forma parte de la adhesión a la economía de libre mercado y a su postulado de libre competencia como garantía de eficiencia, que debe implementarse aun en el caso de industrias naturalmente monopólicas. La regulación en este caso va de la mano con la apertura a la libre competencia.

La regulación desde este punto de vista se identifica con lo que Ives Gaudemet denomina *noción funcional o noción estricta de la regulación*, entendida como "la acción normativa o paranormativa que acompaña la apertura a la libre competencia de un mercado anteriormente en monopolio" (GAUDEMET, 2004, p. 14). Esta acción garantiza la entrada de nuevos operadores, y la instauración de un modelo de libre competencia.

Para paliar las fallas de mercado la regulación ha procedido de la siguiente manera:

1° Se han organizado *jurídicamente* procesos de libre competencia, destinados a sustituir los mecanismos burocráticos que antiguamente organizaban el funcionamiento de estos sectores (monopolios estatales). Dicho de otra forma, se ha *simulado* a través de instrumentos jurídicos una competencia que no existe en realidad, en términos económicos. Tomemos el ejemplo del sector de producción y distribución de agua potable o de electricidad, que hasta hace cierto tiempo se encontraban en manos del Estado en no pocos lugares del mundo. Hoy en día, la mayor parte de estas empresas han sido privatizadas (proceso que también ha tocado a Francia con ciertas particularidades). Como la existencia de un monopolio natural impide organizar una competencia en sentido clásico, esto es permitiendo la realización de la actividad a varias empresas que operen al mismo tiempo, se busca simular la competencia a través de mecanismos jurídicos. Así, para instaurar la competencia se ha procedido ya sea por medio del otorgamiento de concesiones que son atribuidas a la empresa que ofrezca la mejor relación calidad-precio (denominada *competencia por el mercado*) o bien se ha obligado al operador histórico a permitir el acceso a sus redes a todo privado que cumpla ciertas condiciones generalmente de orden patrimonial. El monopolio queda, en este ultimo caso, restringido a la sola gestión de las redes principales, emergiendo un nuevo mercado que permite a varios operadores utilizar las redes de distribución.

2° Se instaura un sistema de vigilancia destinado a evitar los abusos del mercado y a conciliar necesidades públicas contradictorias entre sí, como por ejemplo, conciliar el mantenimiento de la libre competencia con la preservación de

los intereses de servicio público. Esta labor de vigilancia es ejercida por una autoridad.

De esta forma el Estado ha abandonado su rol de empresario (operador económico directo) y pasa a ser el organizador de la economía basada en la libre competencia que debe ser construida. La regulación implica así una nueva concepción del rol del Estado (Estado regulador), el cual se limita a la imposición de las "reglas del juego", idealmente a través de formas no coercitivas. Esto no significa que el Estado quede libre de responsabilidad frente al desempeño de la economía, él conserva el rol de instancia tutelar encargada de asegurar el mantenimiento de los grandes equilibrios económicos[10]. La regulación es entonces una policía económica (y no un derecho de libertad)[11]. La regulación exige, en efecto, contar con un dispositivo de control de los mercados.

Esto nos explica por qué la regulación, que en sus orígenes correspondía a una concepción liberal de la economía, a una demanda del liberalismo, ha pasado a ser una reivindicación de la izquierda que busca en ella un instrumento para "contrabalancear los efectos de la internacionalización poniendo acento en el rol impartido al Estado como instrumento de mantención de la cohesión económica y social" (CHEVALIER, 2001, p. 829).

3° Para ofrecer a los agentes económicos (principalmente a los empresarios) garantías de imparcialidad, se instauran las autoridades de regulación. En esta función de la regulación, la existencia de la autoridad independiente tiene por objeto el asegurar el mantenimiento y respeto del modelo de mercado que queda de esta manera al abrigo de eventuales medidas estatales. Se ve aquí el aspecto liberal de la regulación.

En resumen, el objeto de la regulación como paliativo de las fallas de mercado es la apertura a la libre competencia y los destinatarios de la regulación son los operadores históricos y los nuevos operadores. Es evidente que esta función constituye una nueva forma de intervención del Estado en la economía[12].

[10] Chevalier, J. (2001): "La regulation juridique en question", *Droit et Société*, N°49, pp. 827-846, especialmente p. 829.

[11] Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 14.

[12] En este punto nos parece importante evocar que desde el punto de vista económico se suelen oponer dos teorías: la teoría normativa y la teoría positiva de la regulación, a la que haremos mención más tarde. La teoría normativa postula que la regulación, como intervención del Estado en la economía, sólo se justifica cuando el mercado no es capaz de producir un *optimun social* en el sentido de Pareto (Optimun que se alcanza, en términos muy esenciales, cuando no es posible en una situación de libre competencia, mejorar el bienestar de un individuo sin disminuir el bienestar de otro). Es decir, la regulación busca aumentar la eficacia de la economía corrigiendo los defectos del mercado. Sin embargo, sabemos que muchas veces se recurre a la regulación para llevar a cabo políticas de redistribución de

Como ya hemos adelantado, hay quienes restringen la noción de regulación precisamente a la normatividad que acompaña la apertura a la libre competencia de un mercado que se encontraba en monopolio, es decir, la regulación no es más que *un instrumento del derecho de la libre competencia* y como tal es esencialmente transitoria, puesto que todas las acciones que se realicen para asegurar el cumplimiento de sus objetivos quedarán sin efecto una vez que la libre competencia esté funcionando normalmente. Esta opinión no es sustentada por toda la doctrina.

ii) La regulación como forma de paliar las deficiencias de la jerarquía

Esta función de la regulación busca paliar la inadecuación a la realidad del *modelo estatocéntrico*[13]. La regulación quiere remediar los defectos que se han podido constatar cada vez que el Estado interviene en la economía de manera clásica, por ejemplo, cuando el Estado ha querido intervenir un sector a través de une política de fijación de precios. El fundamento es evidente: dentro de un modelo de libre mercado el Estado *protector* no tiene cabida, es necesario entonces que el Estado recurra a otros mecanismos para intervenir en la vida social y evitar la anarquía. La creación de las autoridades administrativas independientes es testimonio de este fenómeno.

Para visar esta nueva forma en que el Estado interviene en la economía, se ha creado una nueva nomenclatura, hablándose hoy en día de *acción pública* (y no de *políticas públicas*). Esta expresión comprende las interacciones sociales en las que el rol del Estado se reduce a coordinar o interceder en los conflictos que eventualmente se pueden suscitar entre las diferentes racionalidades y voluntades. Un ejemplo concreto de este fenómeno es el rol de intermediario o arbitrador que el Poder Ejecutivo se ha permitido cumplir en los conflictos que se suscitan entre empresarios y sus trabajadores. El Estado no impone, el Estado arbitra.

iii) La regulación como respuesta a la crisis de legitimidad del sistema jurídico

Los destinatarios de las reglas jurídicas se cuestionan la legitimidad y eficacia de las reglas que rigen su actividad. Profesionales de la salud y pacientes, profesionales de la educación y estudiantes, comerciantes y consumidores, los ciudadanos en general, en algún momento se quejarán de la existencia de una

ingresos, esto origina lo que se conoce como fallas de la regulación, las que existen cada vez que la política reguladora resulta más onerosa que asumir los defectos o fallas del mercado. Majone, G. (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, (Paris: Montchrestien) 158 pp, especialmente p. 124.

[13] Timsit, G. (2004): "La Régulation, la notion et le phénomène" edición especial "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 5-12, especialmente p. 9.

normativa que no se adecúa a su realidad y que es elaborada y aplicada sin su intervención y sin consideración de sus necesidades.

Como remedio a estas críticas, surge la regulación concebida como una nueva normatividad que se caracteriza por expresar las aspiraciones de aquellos a los cuales está destinada (de aquellos cuya actividad será regida por la regulación), permitiendo, por ejemplo, la elaboración de la regla por sus destinatarios (autorregulación) o por éstos y la autoridad, luego de un proceso de discusión y acuerdos (co-regulación).

Algunas veces se ha identificado la *"des-reglamentación"* a las nuevas formas de regulación o simplemente a la regulación. La identificación no es errónea en la medida en que se entienda que des-reglamentación no significa *la ausencia de Derecho, si no la transición a otro tipo de Derecho denominado Regulación"*[14].

El fenómeno descrito lleva a G. Timsit a afirmar la existencia de una nueva era que él denomina *de las democracias dialogadoras*, es decir, democracias *que a través del diálogo con la sociedad civil buscan proveerse de una nueva legitimidad.* Según el autor, esta nueva normatividad debe ser mutable (y no fija ni rígida), singular (y no uniforme) y endógena (y no exógena). Es lo que otros denominan la forma moderna de la acción administrativa[15] o derecho post-moderno[16].

Para Ives Gaudemet esta faceta corresponde a la noción formal o amplia de la regulación, la cual engloba las nuevas técnicas normativas que rigen una actividad descartando, en principio, los instrumentos clásicos del derecho, descartando la Ley. Esta noción se denomina formal, porque se identifica con las formas que utiliza la regulación y que no son las propias de la reglamentación clásica.

Esta concepción de la regulación ya no puede entenderse como un instrumento del derecho de la libre competencia, ni siquiera puede limitarse al derecho económico, pues se trata de una elección metodológica presente en la mayoría de las políticas públicas, ya sean económicas, de organización de una profesión, medioambientales o técnicas. No hay límites naturales a la regulación, salvo, según el autor, las misiones de pura soberanía y aun en éstas podría concebirse el uso de esta elección metodológica.

[14] Delmas-Marty, M. (1998): *Trois défis pour un droit mundial* (Paris, Editions du Seuil), 205 pp., especialmente pp. 78 y siguientes.
[15] Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 15.
[16] Chevalier, J. (2001): "La regulation juridique en question", *Droit et Société*, N°49, pp. 827-846, especialmente p. 834.

La regulación como elección metodológica presenta dos grandes rasgos. El primero es la existencia de una autoridad que cumple el rol de regulador y que será la principal fuente de la nueva normatividad. Este regulador actúa muchas veces en concierto con los destinatarios de sus reglas y estos últimos pueden identificarse con él.

El segundo rasgo es el uso de una normatividad que se podría calificar de incierta pero eficaz, algunas veces coercitiva, pero extranjera a las formas clásicas del derecho. La concertación, la persuasión, la pedagogía, la ejemplificación, la advertencia, la preconización, son los medios utilizados por la regulación[17]. Hay que destacar que las autoridades tradicionales del Estado también hacen uso de este tipo de normatividad. La regulación, según esta noción, recuerda las acciones administrativas informales, actos jurídicos (y no simples comportamientos materiales), imputables a personas públicas, dotados en una determinada competencia, pero que no conllevan ningún efecto obligatorio desde el punto de vista de los administrados[18].

B) Particularidades de la regulación como rama del derecho

La existencia de la regulación como rama del derecho es el punto que mayores controversias presenta. Para algunos, tales que Frison-Roche[19], el derecho de la regulación se caracteriza por atañer sectores económicos abiertos a la libre competencia o actividades en las que están en juego intereses que son extraños al mercado.

En un principio la autora consideraba que el objetivo perseguido por el derecho de la regulación era construir los referidos sectores económicos sobre la base de un equilibrio entre la necesidad de mantener la libre competencia y otros imperativos de distinta naturaleza, pero todos socialmente importantes.

Se busca un equilibrio entre las necesidades de la economía y las necesidades de la sociedad que no son puramente económicas. Así algunos sectores necesitan ser regulados con el fin de equilibrar su funcionamiento competitivo con otros fines, como podría ser el prevenir riesgos[20], obtener la estabilidad financiera,

[17] Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 15.

[18] Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 16.

[19] Frison-Roche, M-A. (2004): «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz* 2, N°2, Chroniques, pp. 126-129, especialmente p. 129.

[20] La paradoja es que la multiplicación de los fines perseguidos por la regulación da origen a una crisis, esta vez de la regulación misma. Cazenave, T. *et al.* (2005): "Crise de régulation", en FRISON-ROCHE M-A. (dirección): *Les risques de la régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 1-14, especialmente p.7.

asegurar el acceso de todos los miembros de la comunidad a ciertos servicios como el transporte o el servicio bancario, asegurar la igualdad de tratamiento, el pluralismo político o la diversidad cultural, cuando se trata de la regulación de los medios de comunicación, asegurar el aprovisionamiento de energía, en el sector energético. Un mismo sector puede presentar la necesidad de conciliar la libre competencia con más de un fin[21] ... *la regulación aparece como un equipamiento jurídico-económico utilizado para construir un sector y mantener en su seno equilibrios que no pueden realizarse por las solas fuerzas del mercado, es decir, por el solo resultado de la competición de las empresas, que sin embargo continúan entregadas a ésta* [22]. Son así considerados como "sectores regulados" la banca, la salud, la energía, los medios de comunicación, el transporte, etc.

Hay quienes divergen de esta tesis. Consideramos que el gran punto de discordia entre los autores es la articulación entre el derecho de la libre competencia y la regulación. Para Frison-Roche se trata de ramas distintas que si bien comparten como fundamento la economía de mercado, divergen por el objetivo general perseguido. El derecho de la libre competencia busca impedir los comportamientos que se desvían de ésta o que pueden vulnerarla, mientras que el derecho de la regulación va más allá, protegiendo intereses que el juego del mercado no es capaz de mantener por sí solo. Aun más, los objetivos perseguidos por cada rama del derecho pueden llegar a ser incluso contradictorios.

Esto no impide que ambas ramas presenten similitudes ideológicas y de procedimiento; así, existe una similitud ideológica en ciertos mecanismos utilizados por el derecho de la libre competencia que parecen seguir la lógica reguladora, en cuanto buscan conseguir fines que no son espontáneos al mercado. La teoría de las facilidades esenciales y el control de concentraciones cuando buscan la construcción de un mercado son dispositivos que según la autora operan según la lógica reguladora. Podemos verificar una afinidad de procedimiento en el uso, por parte de la autoridad encargada de velar por la libre competencia, de ciertos instrumentos parecidos a los usados por el derecho de la regulación, tales como los programas de clemencia o las transacciones, o los procesos de control de concentraciones que se traducen en compromisos negociados entre las empresas y las autoridades de control[23].

[21] Frison-Roche, M-A. (2007): "Actualité du droit de la régulation. Dialectique entre concurrence et régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 11, pp. 168-174, p. 173. Cazenave *et al.* (2005): "Crise de régulation", en FRISON-ROCHE M-A. (dirección): *Les risques de la régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 1-14, especialmente p.1 y p. 7.

[22] Frison-Roche, M-A. (2004): *Les nouveaux champs de la régulation* en "La régulation, nouveau modes, nouveaux territoires", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-58, especialmente p. 54.

[23] Frison-Roche, M-A. (2004): "Contrat, concurrence, régulation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, julio-septiembre, p. 453, y Frison-Roche, M-A. (2004): «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz* 2, N° 2, Chroniques, pp. 126-129, especialmente p. 127.

De esto resulta que pese a las afinidades, regulación y libre competencia constituyen ramas distintas con finalidades distintas, así el objetivo de asegurar la libre competencia, de forma exclusiva, sólo integra excepcionalmente el derecho de la regulación, lo que permite explicar ciertas contradicciones entre estas ramas. Por ejemplo, la regulación de productos peligrosos y su objetivo de preservar la seguridad de éstos puede tener como consecuencia un atentado a la libre competencia; del mismo modo ciertas medidas destinadas a proteger los sistemas bancarios y financieros de riesgos sistémicos pueden tener la misma consecuencia. La regulación del sector audiovisual y su objetivo de preservar el pluralismo democrático es otro ejemplo, en efecto, para asegurar este pluralismo, el Estado poniendo en obra una política reguladora puede verse contraído a subvencionar ciertas emisiones, ciertos medios informativos, etc.

Aun más, se ha llegado a sostener que la necesidad de mantener un equilibrio entre la competencia y otros principios ha evolucionado y que el corazón de la regulación ya no es la libre competencia, sino la prevención de riesgos, de tal forma que la libre competencia de ser un término *de la ecuación en torno al cual otros principios se ordenan, podría bien pasar al rango de una de las consideraciones que pueden existir en equilibrio con lo esencial de la regulación, que sería entonces la prevención de riesgos.* Ello explica que sectores económicos antes des-regulados pasen a ser objeto de regulación en virtud del riesgo que presentan o que sectores antes regulados conserven la regulación sólo en lo que se refiere al acceso al sector, o el hecho que las regulaciones consideren antecedentes que exceden los inherentes al sector[24].

K. Abderemane[25] es una de las autoras que diverge de la concepción hasta ahora descrita y tomaremos su planteamiento como representativo de esta oposición. Para ella, los instrumentos propios de la regulación buscan llenar las lagunas de derecho de la libre competencia de manera de hacer evolucionar estos sectores hacia una competencia efectiva. Esto le permite afirmar que el derecho de la regulación es un derecho *al servicio de la libre competencia*, especialmente porque el derecho de la libre competencia no cuenta con todos los medios necesarios para remediar los defectos del mercado. De este carácter, la autora deduce que el derecho de la regulación es suplementario, que se puede recurrir a él solamente cuando la libre competencia no puede, por sí sola, cumplir un rol eficaz sin recurrir a la regulación, lo que no significa, según la autora, que el derecho de la regulación pueda suplir a la libre competencia.

[24] Frison-Roche (2004): *Les nouveaux champs de la régulation* en "La régulation, nouveau modes, nouveaux territoires", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-58, especialmente p. 55.

[25] ABDEREMANE, K. (2006): "Confirmation des caractères supplétif et flexible du droit de la régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 8, pp. 168-169, especialmente p. 168.

Según esta posición, la regulación es un instrumento de la libre competencia que permite la eficacia de ésta, especialmente considerando el hecho que las autoridades de la regulación disponen de informaciones que la autoridad de la libre competencia desconoce.

A nuestro parecer, restringir la finalidad de la regulación a la eficacia de la libre competencia contradice la realidad, desde el momento en que puede fácilmente constatarse que las políticas reguladoras persiguen otros fines que muchas veces se oponen a la libre competencia y que ya hemos ejemplificado.

En consecuencia, entendemos que hay sectores que pueden ser dejados al libre juego del mercado, como el intercambio de bienes y servicios y otros sectores que necesitan algo más que el simple juego del libre mercado para obtener los fines que están llamados a cumplir[26]. En estos sectores económicos es necesario recurrir a otros mecanismos del derecho, los cuales constituyen la regulación.

El mismo razonamiento se aplica al proceso de apertura a la libre competencia, existiendo sectores en los que basta la declaración de apertura a la libre competencia, mientras que otros necesitan que se establezca un derecho *específico y coercitivo* que vigile este proceso[27], todo dependerá de la presencia o ausencia de fallas de mercado.

Es por esto que entenderemos aquí por regulación, sin desconocer por cierto la legitimidad de otros puntos de vista, la combinación de instrumentos utilizados por el Estado, en materia de estatuto, libre competencia y reglamentación de una actividad [28] alterando las reglas que podríamos considerar como naturales al funcionamiento de un sector. Esta alteración sólo se justifica ante la ausencia de otros medios más eficaces para controlar la actividad y su fin es lograr el equilibrio competitivo con otros fines que el Estado ha considerado legítimo proteger y especialmente, hoy en día, con el fin de prevenir riesgos.

En todo caso la búsqueda de un equilibrio entre la libre competencia y otros imperativos no es el único rasgo de la regulación; todos los sectores regulados cuentan con reglas, procedimientos e instituciones comunes, tales como la existencia de autoridades de regulación y un método común para conseguir los fines perseguidos por ella. Es posible además que un sector de actividad esté sometido a regulaciones provenientes de diversos ámbitos, caso en que se habla de inter-regulación intersectorial o inter-regulación a diferentes niveles.

---

[26] Es esta necesidad la que justifica eventuales exigencias de certificaciones o de autorizaciones para desarrollar una actividad.

[27] Frison-Roche (2002): Introducción al atelier "Des enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique", *Revue de la concurrente et de la consommation*, N° 128, julio, pp. 7-8.

[28] Stoffaës (1995): "Les nouvelles régulations à l'essai", en *Services publics, questions d'avenir*, (Ediciones Odile Jacob) pp. 176-216.

Como se puede percibir, existen similitudes entre la regulación y el derecho público económico, ya que ambos buscan cumplir objetivos que el simple juego de la libre competencia no es capaz de obtener y para consolidarlos se consagran prerrogativas de poder público. Sin embargo, a diferencia del derecho público económico, la regulación económica parte de la base de una economía de libre competencia y las autoridades que controlan el sistema (autoridades administrativas independientes, superintendencias) no forman parte de la jerarquía del Poder Ejecutivo, en un sentido clásico. Es por esto que se afirma que la regulación se inscribe en el marco de la transformación de las modalidades de acción del Estado y en general de transformación de la regulación jurídica[29]. Esta transformación da origen a lo que se conoce como *nuevas formas de regulación*.

II. La noción de nuevas formas de regulación

Se denomina *nuevas formas de regulación* la combinación de mecanismos que organizan los sectores regulados y que comienzan utilizarse a partir de los años 70 con el objetivo de afrontar los problemas derivados de la multiplicidad de actores que intervienen en un mismo sector económico, así como los problemas que surgen de la coexistencia de actividades en monopolio y actividades en libre competencia[30].

Este fenómeno se caracteriza por la proliferación de normas jurídicas con diferentes fuentes y por la variedad de *formas* que estas mismas normas pueden tomar. Como se puede constatar ya en el título de este tema, la referencia al aspecto formal o instrumental es fundamental, ella nos recuerda la noción amplia de regulación expuesta por Ives Gaudemet.

Las nuevas formas de regulación están presentes tanto en la producción de normas de fondo y de procedimiento, como en la puesta en marcha de las políticas reguladoras; ella concierne mecanismos e instituciones visando lo que en inglés se conoce como *Regulatory systems*.

A continuación, analizaremos las principales características de estos mecanismos complejos denominados nuevas formas de regulación (en adelante NFR).

[29] Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 615.
[30] Stoffaës (1995): "Les nouvelles régulations à l'essai", en *Services publics, questions d'avenir* (Ediciones Odile Jacob) pp. 176-216.

1. La presencia de un regulador

Las NFR exigen la presencia de un regulador dotado de autonomía funcional y que se caracteriza por poseer un conocimiento técnico del sector regulado. Son "organismos que se presuponen estar mejor capacitados para arbitrar los intereses sociales que están en juego" (CHEVALIER, 1999, p. 35), por lo que los destinatarios de las normas pueden identificarse con el regulador. Las autoridades administrativas independientes, las agencias americanas, las superintendencias y las QUAGOS, son testimonio de este fenómeno. Las características del regulador independiente, técnico, sectorial, son una materia que merece un estudio aparte.

2. La utilización de une normativa especial

Respecto al carácter intrínseco de las reglas: Se trata de una normativa incierta, pero eficaz y coercitiva en los hechos, extraña a las formas clásicas del derecho. La concertación, la persuasión, la pedagogía, la ejemplaridad, la advertencia, la preconización son los medios utilizados por la regulación.

a. El recurso a estándares flexibles

Una de las ventajas atribuidas a las NFR es la flexibilidad de sus normas, por lo que están mejor adaptadas que el derecho tradicional a las evoluciones de tipo técnico o a la evolución de la economía. En consecuencia, los textos reglamentarios son textos marcos, generales, que "dejan a la administración la labor de definir las condiciones de realización de los objetivos fijados, otorgándoles un largo poder de apreciación de las situaciones concretas" (CHEVALIER, 1999, p. 38).

Aquí nos parece pertinente evocar la distinción entre normas de funcionamiento (*perfomance standards*) y normas prescriptivas (*specification standards*), ya que las NFR recurren frecuentemente a las primeras. Ellas son generales, más flexibles, alientan la innovación, "reducen el papeleo y en consecuencia disminuyen los costos" (MAJONE 1996, p.112). Una norma que obliga a otorgar una garantía monetaria de un cierto monto prefijado pertenecerá al segundo grupo de normas, mientras que aquella que establezca que el monto debe ser suficiente en consideración al riesgo que desea preverse, pertenecerá al primer grupo.

b. El uso de una normativa incierta

El Estado se ha visto obligado a renunciar a la coerción remplazándola por el ejercicio de un *poder normativo de facto*, a través de instrumentos tales como: las recomendaciones, las comunicaciones, las opiniones, etc. La ausencia de coerción permite sostener que las reglas que obedecen a esta lógica no pueden

ser calificadas de *normas*. No obstante ello, la técnica no es nada despreciable desde el momento en que se considera que este tipo de reglas son asumidas como coercitivas por parte de sus destinatarios, los agentes económicos[31]. La regulación afirma en esto que es preferible convencer que obligar, convencimiento al que se llega por medio de la influencia y de la persuasión[32].

En Francia, por ejemplo[33], la ley de seguridad financiera del 1° de agosto de 2003 ha exigido la publicación de determinada información en relación con las sociedades anónimas. La Autoridad de los Mercados Financieros (AMF) como organismo que tiene a su cargo la fijación de las condiciones en las que esta información debe emitirse, ha manifestado su parecer emitiendo *recomendaciones*[34]. En el mismo sentido, cuando se planteó la necesidad de intervenir en materia de comunicación financiera, el grupo de trabajo prefirió emitir un informe sobre el tema[35], bajo la forma de diez recomendaciones, antes que proponer la adaptación de marco legal y reglamentario.

En relación con la producción de reglas: Las NFR se caracterizan también por el procedimiento al que se somete la adopción de la regla. Por ejemplo, cuando se trata de las *reglamentaciones informales*, la APA (*Administrative Procedures Act*) de los Estados Unidos exige que ellas estén acompañadas de una exposición general y concisa de su fundamento y de su objetivo "y no pueden ser arbitrarias, caprichosas, ni excesivamente discrecionales" (MAJONE, 1996, p.124).

3. La información como instrumento de regulación

Es una de las principales nuevas formas de regulación. El origen de este mecanismo se encuentra en las *sunshine commissions* norteamericanas, entidades con menores facultades que las comisiones de regulación independientes. Ellas operaban sobre la base de la *regulación* por la información, esto es, en base a la transparencia y la publicidad de la *información* publica[36]. Un ejemplo actual es la SEC norteamericana, la que se caracteriza por exigir la comunicación de determinadas informaciones en la forma predeterminada por ella misma[37].

---

[31] Etapa que Morand denomina, "Estado incitador", Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 618.
[32] Chevalier, J. (2001): "La regulation juridique en question", *Droit et Société*, N° 49, pp. 827-846, especialmente p. 834.
[33] Ballot-Lena, A. (año de publicación no disponible): "Les actes non décisoires de l'AMF. Quand le « droit mou », s'endurcit", p. 9, (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf, p. 9
[34] *"Recommandations de l'AMF relatives aux conditions d'information sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne applicable aux OPCVM"* difundido el 25 de mayo de 2004, disponibles en la página de Internet de la AMF, http://www.amf-france.org/documents/general/5591_1.pdf.
[35] Bull. COB N° 343, febrero 2000, pp. 28 y siguientes.
[36] Majone, G. (1996): *La Communauté européenne: un État régulateur*, (Paris: Montchrestien) 158 pp, especialmente p. 39.
[37] *Ídem.*

De esta forma, la recolección de datos, la estandarización de la información y la publicidad son utilizadas como instrumentos de regulación, alternativas que según los autores son preferibles a una autorregulación poco transparente o a una regulación coercitiva, pero débilmente aplicada.

4. La implicación del mundo privado en el proceso de regulación

Es una de las características más relevantes y constantes de las nuevas formas de regulación. Esta implicación del mundo privado tiene lugar tanto en el proceso de elaboración como de aplicación de las reglas. El mejor ejemplo en este sentido es el derecho financiero, que por una parte se caracteriza por la producción de normas de carácter internacional, adoptadas ya sea por un acuerdo entre los Estados o bien porque éstos las adoptan espontáneamente ajustándose a una demanda tácita de los actores, con la finalidad de atraer a los inversionistas. En otros casos la norma es adoptada por los actores sin reacción del Estado, existiendo de esta forma lo que los autores califican como una suerte de abandono de la soberanía estatal, en manos de los operadores financieros y de los profesionales del área.

En lo que se refiere al control del cumplimiento de la normativa, es posible constatar esta implicación del mundo privado cuando se encarga a esta la vigilancia de un grupo a comités privados cuyos miembros son elegidos por el mismo grupo que se desea controlar.

La implicación del mundo privado puede tener lugar de distintas formas:

a) A través de la consulta de las personas interesadas, esto es, los destinatarios de la regulación. Las personas consultadas pueden ser escogidas por el regulador de manera discrecional o bien en virtud de un derecho a participar en el proceso de elaboración de la norma.

Por ejemplo, la ley puede prever una etapa en que la normativa que se quiere imponer es sometida al escrutinio de los destinatarios de las normas. Para otorgar efectividad a dicha etapa, la ley puede exigir que los comentarios más importantes reciban una respuesta al momento de la promulgación definitiva. El sistema parece inspirarse en la obligación de fundamentar las sentencias judiciales.

Este tipo de exigencia está íntimamente ligado a la cuestión de la legitimidad de la regulación, pues se ha afirmado que esta legitimidad proviene precisamente de la consideración por parte del regulador de los intereses de los regulados. Las NFR exigen de esta forma que cada uno haga valer su voz en todas las etapas de la regulación[38]. Así, en Francia, la Autoridad de los mercados financieros antes de establecer las reglas relativas al estatuto de la profesión de consejero

en inversiones financieras, lanzó una consulta entre los interesados a fin de recoger las observaciones (...) y sugestiones de los interesados[39].

b) Otra posibilidad es que sean los propios destinatarios de la regulación los que se organicen en un sistema de autorregulación o de regulación privada participativa.

La actividad en este caso se desarrolla de manera independiente de aquella que lleva a cabo el regulador público, sin perjuicio de las eventuales interacciones que pueden existir entre la regulación pública y privada, a través de acuerdos o de convenciones (colaboración directa), o bien a través de la acción del juez. Este último puede exigir al regulador público la aplicación de estándares definidos por la regulación privada, o bien puede exigir al regulador privado el respeto de garantías procesales propias de la regulación pública, por ejemplo la aplicación de la transparencia y la imparcialidad, el respeto de las normas el debido proceso, etc.

La privatización de la producción de normas de carácter técnico es otro ejemplo, el que se presenta cuando las reglas son elaboradas por organismos profesionales. La abundancia de códigos de conducta constituye otra ilustración.

Si las reglas que emanan del sector privado no pueden ser calificadas de "normas" en el sentido jurídico tradicional del término, ellas pueden ser homologadas por la autoridad, transformándose en normas en el sentido tradicional o bien pueden ser aplicadas en la práctica en los contratos suscritos entre privados, de tal forma que su desconocimiento es sancionado por los tribunales como el incumplimiento de una regla del arte u oficio, o como una traducción del principio general de responsabilidad civil.

---

[38] Este fenómeno es particularmente bien explicado por Frison-Roche cuando afirma que "... la autoridad y el buen funcionamiento del sistema reposan en la aptitud de cada uno para tomar la palabra en una discusión incesante y para dar a conocer las razones por las cuales los intereses que defienden son legítimos, intercambios de argumentos que puestos en la balanza permiten al sistema funcionar. La autoridad proviene de la aptitud de una institución, a tomar en consideración los intereses justificados de todos. Esto es particularmente claro a propósito de los mercados financieros, especialmente en el rol que el regulador le otorgue al consenso en el sector regulado. Esta función de tomar en cuenta la opinión de los destinatarios de la regulación puede ser particularmente ejercida por el presidente de la autoridad de regulación, lo que sitúa al sistema entre una concepción de neutralidad burocrática y una concepción de prestigio carismático, situación usual en el sistema norteamericano de las autoridades de regulación" (traducción realizada por la autora) Frison-Roche, M-A. (2004): "Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique", p. 158. Collection *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, série Droit et économie de la régulation) (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/DER2entier.pdf, especialmente p. 158.

[39] Comunicado 3 de junio 2004 en línea en el sitio de Internet de la AMF, citado por Ballot-Lena, A. (año de publicación no disponible): "Les actes non décisoires de l'AMF. Quand le « droit mou », s'endurcit", pp. 9, (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf, especialmente p. 8.

c) Finalmente el privado puede intervenir en el proceso de regulación cuando ésta se ejerce conjuntamente o coordinadamente. Aquí se manifiestan los fenómenos de co-regulación, autorregulación reconocida por el legislador o regulación delegada[40].

5. La separación neta entre responsabilidad administrativa y responsabilidad operacional, o bien entre la gestión y la regulación[41]

La gestión de un servicio y la regulación del mismo deben estar a cargo de personas diferentes, la última en manos de una autoridad y la gestión en manos de un operador. A este respecto un autor cita la separación en Reino Unido de las telecomunicaciones y del servicio de correos, la institución de la British Télécom (BT) como una entidad independiente pero regulada, y la creación de una autoridad administrativa especializada, la Oficina de Telecomunicaciones (OFTEL)[42].

En todo caso, la aludida separación no impide que desde cierto punto de vista y respecto a materias bien precisas, el operador del servicio asuma una especie de rol de regulador de *segundo rango* [43], ejerciendo un cierto control del mercado.

6. El recurso a las categorías clásicas del derecho civil, el contrato y la responsabilidad, como instrumentos de regulación

La *contractualización* de las relaciones entre los agentes, manifestada especialmente a través de la co-regulación, se traduce en que el contrato ha abandonado el rol de instrumento de intercambios y de organización de un mercado para ser, además, un instrumento de regulación, de creación de reglas generales y particulares [44].

---

[40] La participación del mundo privado en el proceso de regulación genera, por cierto, algunos problemas, entre los cuales citamos: - la gobernabilidad de los reguladores privados, esto es, determinar la representación en las estructuras de dirección de la regulación privada, paliar los conflictos de intereses, determinar la responsabilidad en la función de regulación. - Otro problema concierne a los instrumentos utilizados para regular, especialmente por la necesidad de redefinir las fronteras entre el derecho público y privado. Aquí hay que considerar que las nuevas formas de regulación se caracterizan por recurrir a instrumentos clásicos del derecho civil, por ejemplo el derecho de la responsabilidad o el derecho de los contratos, pero esta vez con el fin de regular, como veremos más adelante.

[41] Esta característica podría también ser considerada como parte de la existencia de las autoridades independientes, pero como el fenómeno no se presenta claramente en todos los países, preferimos analizarla en forma separada.

[42] Majone, G. (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur* (Paris: Montchrestien), 158 pp., especialmente pp. 22 y siguientes.

[43] Por ejemplo los encargados de la gestión de las redes de transporte y distribución de gas. Frison-Roche, M-A (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5, especialmente p. 3, y Frison-Roche M-A. (2005): «La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004», RLC, N° 1 novembre 2004/janvier 2005, pp. 131-133.

[44] En todo caso, la naturaleza contractual de esta regla es discutible, según Frison-Roche se trata más bien de una forma de hablar, de evocar algo que se parece al contrato, se trata de una regulación

La co-regulación se justifica pues ella permite una mayor fluidez en las relaciones entre la autoridad y los destinatarios de las reglas y además porque permite obtener un grado más alto de aceptación y de satisfacción de parte de los operadores[45].

Hacer uso de la figura del contrato, tal como él funciona en el intercambio de bienes, permite un ajuste de las distintas voluntades[46], un equilibrio en la elaboración de reglas. En el contrato cada parte puede manifestar cuáles son sus intereses evitando así el conflicto, o en una etapa posterior evitando largos juicios y los riesgos que implica someter un asunto a los tribunales[47].

Por otra parte el contrato es un instrumento adecuado para remediar las asimetrías de información[48], sobre todo considerando los conocimientos técnicos que exige llevar a cabo una buena regulación. El objeto de la regulación es cada vez más técnico, lo que exige que las normas sean diferentes dependiendo del sector regulado. De esta forma, compartir la tarea de elaborar las reglas con los destinatarios de la regulación aparece como el mejor método de elaboración de las normas[49].

"flexible como puede serlo un contrato, lo que no constituye por ello, un contrato". Frison-Roche (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5.

[45] Ella permite de *derribar las resistencia de la sociedad civil a los imperativos estatales*, etapa que corresponde al denominado *Estado reflexivo*. Morand Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 618. El autor evoca el proceso de adopción de las leyes sobre las 35 horas y el desarrollo de la transacción para dirimir amigablemente los conflictos a través de la circular del Primer Ministro del 6 de febrero de 1995.

[46] Frison-Roche, M-A. (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5, especialmente p. 4.

[47] Morand Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 628.

[48] Perrot, A. (2006): "Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques" en *Les engagements dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 151-160, especialmente p. 154.

[49] Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 625. La metodología descrita no es exclusiva al derecho de la regulación, la *contractualización* existe también en el derecho de la libre competencia y en el derecho del consumidor. En el primer caso la *contractualización* se manifiesta en los programas de clemencia o de compromisos, que son relativamente nuevos, ya que fueron consagrados en el derecho francés los años 2001 y 2004 respectivamente. De hecho, la existencia de un *bargaining* en la relación entre el regulador y los operadores es precisamente uno de los medios que permitía distinguir la formas de acción de los reguladores de aquellas empleadas por la autoridad de la libre competencia. Laserre, B. (2006): "Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrente", en *Les engagements dans les systèmes de régulation*, (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz), pp. 239-251. En el derecho del consumidor, es posible prever esta transformación en el análisis de las recomendaciones emitidas por la comisión de cláusulas abusivas. De hecho, esta última no tiene la facultad de prohibir una cláusula, sin embargo los destinatarios de sus recomendaciones las acogen como si estas ultimas gozaran de fuerza coercitiva. Leveneur, especialmente p. 166, citado por Mohamed-Salah, M-M (1999): "Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire?", en *Philosophie du droit et droit économique quel dialogue? Mélanges en l'honneur du Gérard Farjat* (Paris, Edición Frison-Roche), pp. 261-289, especialmente p. 276.

Conclusión

Esperamos, con este recuento, aportar algunos elementos que permitan a los juristas chilenos definir lo que entenderemos por regulación y los objetivos que de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno es posible perseguir a través de esta rama del derecho; los dos son pasos imprescindibles para que, haciendo uso de nuestra lógica jurídica, podamos constituir un aporte en el diseño y en la ejecución de las políticas públicas reguladoras.

Para cumplir esa labor es necesario abrirse a nuevas perspectivas en lo que a los medios de regulación se refiere. Así, el jurista que es parte de un equipo encargado de diseñar una normativa, deberá estar consciente que hoy en día no sólo se regula con leyes, decretos o reglamentos, dicho de otra manera, debemos dejar de pensar la norma únicamente en su sentido kelseniano.

Por otra parte, la regulación es una área de estudio que nos impone la apertura a otras ciencias, la economía por una parte, ya que hablamos de sectores económicos, pero también la psicología, la sociología, la filosofía. La lógica de la regulación nos obliga a trabajar en colaboración con otros profesionales, pues ni ellos ni nosotros podemos reservarnos el monopolio de la elaboración de reglas.

En todo caso, y aunque pueda sonar contradictorio, es necesario tener presente que dada nuestra calidad de juristas no debemos restringir nuestro razonamiento únicamente a los factores económicos. Gozamos de la libertad que nos otorga la ciencia del derecho y conocemos sus principios generales, los que nos otorga una perspectiva con la que no cuenta el economista (que es precisamente lo que otorga legitimidad a una noción "jurídica" de regulación).

Es importante destacar en este punto que lo expuesto no debe ser desfigurado al punto de entenderlo como una defensa de la tecnocracia. Todo lo contrario, como juristas debemos defender nuestro lugar en el diseño de las políticas económicas, reivindicando una noción de la regulación que nos sea propia y que no se limite a los análisis económicos. Ahora bien, sin la preparación requerida, entendiendo la norma solo en su sentido kelseniano, no estaremos preparados para enfrentar este desafío.

Finalmente, el razonamiento de ciertos autores, expuestos precedentemente, nos recuerda que en el diseño de los sectores económicos no todo es tan blanco o tan negro, que es posible y necesario imponer límites (especialmente como forma de paliar las fallas de mercado), que hay términos medios entre liberalismo e intervencionismo y ese término medio está dado por el reconocimiento de los sectores que deben ser regulados y por el uso de las nuevas formas de regulación. No debe olvidarse que el liberalismo económico de occidente no

es tan liberal como se nos quiere hacer creer (los últimos acontecimientos en materia de mercados financieros y la medidas tomadas tanto en Estados Unidos como en Europa son una ilustración).

La noción de regulación es así preciosa para el jurista, pues si bien ella vuelve al derecho más complejo, en contrapartida, bien entendida y asumida, nos va a permitir el desarrollo de un pluralismo jurídico[50] imprescindible en una sociedad democrática y dialogadora.

Bibliografía

ABDEREMANE, Karine (2006): "Confirmation des caractères supplétif et flexible du droit de la régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 8, pp. 168-169.

ALLAND, Denis, y RIALS, Stéphane (2003): *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, PUF-Lamy), 1680 pp.

Autorité des marchés financiers (AMF) *"Recommandations de l'AMF relatives aux conditions d'information sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne applicable aux OPCVM"* difundido el 25 de mayo de 2004, disponibles en la página de Internet de la AMF: http://www.amf-france.org/documents/general/5591_1.pdf.

BALLOT-LENA, Aurélie (fecha de publicación no disponible): "Les actes non décisoires de l'AMF. Quand le « droit mou », s'endurcit", p. 9, (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf

BARBOU DES PLACES, Ségolène (2004): "Contribution (s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-48.

BOY, Laurence (2001): "Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)", *Dalloz*, N° 37, pp. 3031-3038.

CAZENAVE, Thomas; Marimot, David, y POUYET, Jérôme (2005): "Crise de régulation", en FRISON-ROCHE Marie-Anne (dirección): Les risques de la régulation, (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 1-14.

CHEVALIER, Jacques (1998): "Vers un droit post-moderne", en *Les transformations de la régulation juridique*, MARTIN, Gilles, y CLAM, Jean (dirección.), (Paris, LGDJ), pp. 21-46.

CHEVALIER, Jacques (2001): "La regulation juridique en question", *Droit et Société*, N° 49, pp. 827-846.

DELMAS-MARTY, Mireille (1998): *Trois défis pour un droit mundial* (Paris, Editions du Seuil). 205 pp.

[50] Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630.

Commission d'opérations de la Bourse (COB), Bull. COB N° 343, febrero 2000.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2001): "Le droit de la régulation", *Dalloz*, pp. 610-616.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2002): Introducción al atelier "Des enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique", *Revue de la concurrente et de la consommation*, N° 128, julio, pp. 7-8.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2004): "Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique", p. 158. *Collection Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, (Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, série Droit et économie de la régulation) (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/DER2entier.pdf

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2004): Les nouveaux champs de la régulation en "La régulation, nouveau modes, nouveaux territoires", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-48.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2004): "Contrat, concurrence, régulation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, julio-septiembre, pp. 451.

FRISON-ROCHE (2004): Marie-Anne «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz* 2, N° 2, Chroniques, pp. 126-129.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2005): «La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004», *RLC*, N°1 novembre 2004/janvier 2005, pp. 131-133.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2007): "Actualité du droit de la régulation. Dialectique entre concurrence et régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 11, pp. 168-174.

GAUDEMET, Yves (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16.

JEAMMAUD, Antoine (1998): "Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concept en jeu", en *Les transformations de la régulation juridique*, MARTIN, Gilles, y CLAM, Jean (directores), (Paris, LGDJ), pp 47-72.

LASERRE, Bruno (2006): "Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrente", en *Les engagements dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz), pp. 239-251.

MAJONE, Giandomenico (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, (Paris: Montchrestien) 158 pp.

MORAND, Charles-Albert (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck* (Paris, Bruylant), pp. 614-630.

MOHAMED SALAH, Mohamed Mahmoud (1999): "Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire?", en *Philosophie du droit et droit économique*

quel dialogue? Mélanges en l'honneur du Gérard Farjat (Paris, Edición Frison-Roche), p. 261-289.

PERROT, Anne (2006): "Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques" en *Les engagements dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 151-160.

STOFFAËS (1995): "Les nouvelles régulations à l'essai", en *Services publics, questions d'avenir*, (Ediciones Odile Jacob) pp. 176-216.

TIMSIT, Gérard (2004): "La Régulation, la notion et le phénomène" edición especial "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 5-12.

De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*

José Francisco García G.
Abogado, P. Universidad Católica
Máster (LL.M) y Doctor (JSD) en Derecho, Universidad de Chicago
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo
Sergio Verdugo R.
Abogado, Universidad del Desarrollo
Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica
Profesor-Investigador, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

Resumen: Los autores proponen algunos lineamientos de reforma para pasar desde el actual modelo de superintendencias hacia uno de agencias regulatorias independientes. Para ello revisan la experiencia norteamericana de agencias regulatorias independientes (*independent agencies*), las que no sólo son antecedentes de nuestro esquema de superintendencias –aunque "mal importadas"–, sino porque dicha experiencia puede entregar algunas luces respecto de tres aspectos fundamentales hasta ahora débilmente tratados por la doctrina chilena: estatus constitucional, autonomía política y estándares de revisión judicial del accionar de estos entes administrativos. Posteriormente realizan un breve diagnóstico crítico acerca de los defectos constitucionales y de diseño de las superintendencias y entregan ciertas propuestas para superar los mismos.

* * *

"No tiene mucho sentido preocuparse por la distribución del sufragio y otros derechos políticos individuales a menos que las decisiones políticas de importancia sean adoptadas por funcionarios elegidos (...) El problema parece ser más básico y quizás no resida en la propensión a adoptar decisiones políticas controvertidas sin decirnos por qué, sino más bien en la propensión a no adoptar decisiones políticas controvertidas y dejarlas más bien a otros (...) que no son elegidos ni efectivamente controlados por quienes sí son elegidos (...) No estoy diciendo que quizás no terminemos con un buen número de payasos como representantes, pero al menos será porque son payasos los que nos merecemos".

John Hart Ely[1]

* Se hace presente que todas las traducciones de los textos escritos originalmente en inglés fueron realizadas por los propios autores.

[1] ELY (1997) pp. 164-165.

I. Introducción

Hoy en día enfrentamos un verdadero "boom" legislativo en materia de creación y aumento de potestades de las superintendencias, organismos de la Administración a través de los cuales el Estado fiscaliza el correcto funcionamiento de diversas actividades privadas de interés público[2].

En efecto, las superintendencias tienen facultades vinculadas con la regulación de actividades económicas, con la interpretación de las normas, con la fiscalización en el cumplimiento de las normas pertinentes y con la potestad para sancionar sus infracciones. Ellas forman parte de la función de policía del Estado[3], son servicios públicos descentralizados que satisfacen necesidades colectivas[4] y su existencia encuentra una justificación económica cuando ciertos supuestos tienen lugar (e.g. fallas de mercado, servicios concesionados, entre otros)[5].

Lo anterior abre numerosas dudas relativas a la legitimidad constitucional de algunos aspectos[6]. ¿Existe una vulneración del principio de separación de funciones? ¿Pueden las superintendencias regular actividades económicas y respetar los estándares de legalidad que exige nuestra Constitución Política ("CP") al mismo tiempo? ¿Cuál es la real autonomía e imparcialidad de las superintendencias respecto del Ejecutivo? ¿Cuál es el costo democrático de entregar potestades normativas a entes que no han sido electos popularmente?[7]

Pero también, por otra parte, surgen numerosas interrogantes desde la perspectiva de la mejor administración del Estado: ¿A qué costo institucional debemos mantener el principio de separación de poderes en su versión más rígida?; ¿Qué espacio de flexibilidad es posible diseñar para que la acción de estos órganos cumpla con modernos estándares de eficacia y eficiencia?; ¿Cómo equilibrar la existencia de un diseño que permita la regulación por parte del sector público sin que ello implique entorpecer la iniciativa privada y el mejor funcionamiento de los mercados?

Así formuladas estas preguntas, pareciera tratarse de un dilema del todo o nada, blanco o negro. Creemos que ello no debe ser así. No es necesario sacrificar

---

2 Ver GARCÍA (2009).
3 CARMONA (1999) p. 4.
4 CARMONA (1999) p. 9.
5 Entre otros, véanse CARMONA (1999) pp. 3-4; LIBERTAD Y DESARROLLO (2003) p. 5; GARCÍA (2009) pp. 333-337.
6 Véanse EVANS (2002); CAMACHO (2005); GARCÍA (2009) Y LIBERTAD Y DESARROLLO (2009); DÍAZ DE VALDÉS (2010).
7 Varias otras discusiones han surgido. A modo de ejemplo, existen dudas relativas a la verdadera naturaleza jurídica de la potestad normativa de las Superintendencias (Véanse EVANS, 2002, pp. 680-683; DÍAZ DE VALDÉS, 2010). Por una parte se ha sostenido que la misma deriva de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y por otra se ha defendido la idea de que se trata de una potestad diferente. Parece ser que la opinión mayoritaria se inclina por esta última posición.

principios constitucionales para permitir altos grados de eficacia y eficiencia en la acción estatal. Ello implicaría menoscabar los derechos y libertades individuales, cuestión intolerable. Lo que debemos hacer es superar el estado de cosas actual que, como veremos, nos pone en un escenario crítico desde la perspectiva constitucional, para pasar a otro que, centrado en el respeto de la Constitución –y de las exigencias de la Constitución Económica u Orden Público Económico en la formulación tradicional– nos permita alcanzar ambos objetivos.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es proponer algunas modificaciones al diseño institucional y constitucional de las superintendencias, con el objeto de responder algunas de las dudas que se han planteado. Para ello, nos parece especialmente útil considerar dos experiencias: la de las agencias regulatorias independientes norteamericanas o *agencies* y, también, la del Banco Central[8].

Desde la perspectiva de las *independent agencies* norteamericanas, queremos analizar tres aspectos de dicho debate que nos parece fundamental tener a la vista a la hora de enfrentar y enriquecer nuestra propia discusión[9]. En primer lugar, y en extenso, revisaremos el debate en torno a la doctrina de la no-delegación o *non delegation doctrine*. En segundo lugar, revisaremos brevemente la evolución jurisprudencial y doctrinaria en torno a la relación del Presidente de los EE.UU. con las agencias. Finalmente, y en tercer lugar, analizaremos la importancia que ha adquirido, desde la perspectiva de la revisión judicial de la actuación de estas agencias, la doctrina del *hard-look*.

Respecto del Banco Central, su diseño adoptado por el constituyente de 1980 parece muy interesante en términos de autonomía. Por eso, en la parte final de este trabajo tomaremos la orgánica principal de dicha institución como un ejemplo que inspira las propuestas de reforma que haremos para las superintendencias.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra mirada estará centrada principalmente en las agencias norteamericanas. La riqueza de esta experiencia nos parece relevante por el hecho de que, como hemos sostenido en otro trabajo[10], estas agencias parecen ser el antecedente más cercano –aunque no el único– que se ha tenido históricamente a la hora de diseñar las superintendencias de nuestro país. Asimismo, su estudio también es relevante para la búsqueda de

[8] Ya han existido propuestas que tienen como referentes a estas instituciones. Así, por ejemplo, puede verse el público debate planteado por el ex Superintendente de Valores y Seguros, quien puso sobre la mesa la idea de crear una Comisión de Valores y Seguros (CVS) similar a la SEC americana con un tipo de autonomía equivalente a la del Banco Central.

[9] Ya citamos alguna doctrina relativa a la justificación económica de las Superintendencias. En el caso de las agencias norteamericanas, debe decirse que su origen comienza en 1887, con el objeto de regular un mercado (el transporte terrestre) dominado por un agente monopólico: el Ferrocarril. Por otra parte, sobre los orígenes de las Superintendencias, véase GARCÍA (2009) p. 329.

[10] GARCÍA (2009) p. 329.

un balance óptimo entre el diseño institucional adecuado y la configuración constitucional correcta.

Ya desde el comienzo queremos dejar en claro que no se trata de un esfuerzo de derecho comparado. El sólo hecho de haber sido antecedente de nuestras superintendencias y poseer ciertas similitudes[11], no desconoce el cúmulo de diferencias insalvables desde la perspectiva institucional. En efecto, la "importación" no incluyó el complejo entramado de pesos y contrapesos bajo los cuales actúan las agencias norteamericanas, como ocurre con la existencia de un fuerte control judicial[12]. Ello es un buen ejemplo de las advertencias que suelen hacer los comparativistas respecto de la "importación" de instituciones legales extranjeras[13]. En este sentido, otras diferencias se manifiestan en aspectos relativos a la autonomía de las mismas, al nombramiento de sus autoridades principales, a sus procedimientos en la elaboración de normas, y a la publicidad de dichas normas.

Asimismo, y frente a las diferencias provenientes de las diversas tradiciones jurídicas de ambos sistemas de derecho (familias legales), no pretendemos extraer conclusiones propositivas. De esta manera, no mostraremos la experiencia norteamericana como modelo de solución definitivo a los problemas de constitucionalidad del ejercicio de la potestad normativa por parte de las superintendencias. La idea es desentrañar ciertas lecciones del debate norteamericano que podrían ser útiles.

Seguiremos el siguiente orden:

En la siguiente sección (II) describiremos, en primer lugar, el problema norteamericano relativo al *non delegation* doctrine (2.1), examinando cómo la discusión se ha centrado en la correcta ponderación del principio de separación de poderes (2.1.1) y cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana (2.1.2). En seguida, trataremos los argumentos que se han entregado desde las posiciones antagónicas en la materia (2.1.3): los argumentos de la doctrina de la no-delegación (2.1.3.1) y los provenientes de

[11] Ambas regulan actividades económicas en sectores específicos del mercado; ambas operan con ciertos grados de discrecionalidad en el ejercicio de la actividad reguladora; ambas surgen para hacer frente a imperfecciones derivadas del mercado (o fallas del mercado para ser más rigurosos); ninguna de las dos forma parte (a lo menos formalmente) del poder legislativo, ni del poder judicial, y en ambos casos se trata de un servicio de tipo administrativo, aunque (teóricamente) separado de la Administración central; la potestad normativa de ellas, en ambos casos, no tiene consagración constitucional expresa, la regulación se dirige a sujetos determinados (actores de mercados específicos), lo que en el caso chileno las diferencia de otras instituciones con poderes normativos, como la Dirección del Trabajo y el Servicio de Impuestos Internos, y las acerca a otras que (a lo menos formalmente) no son Superintendencias, como ocurre con la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

[12] Ver GARCÍA (2009). En esta parte tomamos algunas de las ideas desarrolladas en dicho artículo.

[13] Ver, por ejemplo, el tratado de SCHLESINGER *et al.* (1998).

la doctrina pro-delegación (2.1.3.2); como asimismo, daremos a conocer una interesante posición alternativa sostenida por Cass Sunstein (2.1.3.3). Terminaremos esta parte con algunas reflexiones finales (2.1.4).

En segundo lugar, se analizará la cuestión relativa a la relación entre el Presidente de los EE.UU. y las agencias (2.2), donde distinguiremos la existencia de la facultad del Presidente para remover a las autoridades de estas agencias (2.2.1), del tópico relativo a si el Presidente tiene o no atribuciones para enviar instrucciones obligatorias a las mismas (2.2.2). En tercer lugar, se analizará la denominada *hard look doctrine*, que es utilizada como parámetro de revisión judicial de la actuación de las agencias (2.3). Finalmente, y a modo de conclusión, propondremos algunas lecciones que podemos sacar de esta experiencia (2.4).

En la sección III revisaremos ciertas interrogantes que nos merece el actual modelo de superintendencias chilenas (3.1), para lo cual distinguiremos dos grupos de anomalías: las derivadas de la (falsa) autonomía (3.1.1) y las derivadas de las dudas de constitucionalidad (3.1.2). En seguida, propondremos algunos lineamientos de reformas (3.2) al diseño institucional (3.2.1) y constitucional (3.2.2) de las superintendencias, como también desde la perspectiva de la revisión judicial (3.2.3).

Finalmente, en las conclusiones (IV), resumiremos los aspectos más relevantes del trabajo.

II. El debate de las agencias regulatorias independientes en el derecho norteamericano

2.1 Doctrina de la no-delegación (non delegation doctrine)

El punto de partida en torno a la *non delegation doctrine* comienza por el texto mismo de la Constitución de los EE.UU., la que señala expresamente que "todo el Poder Legislativo" corresponde al "Congreso de los Estados Unidos". De esta forma, pareciera consagrar una doctrina de la no-delegación, esto es, la imposibilidad de que el Congreso delegue sus facultades legislativas en el Ejecutivo, sea el Presidente o una agencia administrativa[14-15].

[14] El BLACK'S LAW DICTIONARY (2001) p. 6, define agencia como una "institución gubernamental que posee la autoridad para implementar y administrar legislación particular", y agencia independiente como "una agencia federal, comisión o consejo, que no está bajo la dirección del Ejecutivo (...)". La tradición de las agencias independientes en el derecho norteamericano es tal, que la propia idea de derecho administrativo está estrechamente ligada a las agencias regulatorias independientes, el subtipo emblemático de las agencias independientes. La primera de ellas fue la *Interstate Commerce Commission*, creada en 1887, y pronto seguida por el *Federal Reserve Board* (1913), la *Federal Trade Commission* (1914), la *Federal Tariff Commission* (1916), el *United States Shipping Board* (1919) y el *Railroad Labor Board* (1920). MAGIDE (2000) p. 163.

Sin embargo, también se ha señalado que ningún artículo prohíbe expresamente al Congreso delegar su poder en otros[16] y, como veremos, existe cierto debate en torno a la historia y el texto de la Constitución que justifiquen una doctrina de la no-delegación.

La razón de fondo de este debate se encuentra en el correcto entendimiento del principio de separación de funciones. Por esta razón, comenzaremos por analizar brevemente este importante principio.

2.1.1. El principio de separación de poderes

En principio, es el Poder Legislativo quien emite normas generales y abstractas y los administradores quienes aplican éstas. No podemos olvidar que en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Locke ya había sostenido que:

> "(...) la legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo, no puede pasárselo a otros. (...) El poder de la legislatura, al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una institución hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes"[17].

Desde la perspectiva del constitucionalismo americano, y como sostiene Ely, "quien quiera que haya visto al Congreso en acción (...) sabrá que la situación actual se caracteriza prácticamente por lo contrario (...) Gran parte de la ley es elaborada por las legiones de administradores no elegidos, sobre quienes recae el deber de dar un significado operativo a las amplias delegaciones contenidas en los estatutos (leyes)"[18].

El punto para Ely no es que tales "burócratas sin rostro" necesariamente hagan un mal trabajo como nuestros legisladores electivos, sino, más bien, que no han sido electos democráticamente. Sólo son controlados de vez en cuando por funcionarios electos[19].

---

[15] Esto es lo que ha llevado a autores como Epstein a reconocer que la delegación de funciones legislativas en autoridades administrativas es, derechamente, inconstitucional. EPSTEIN (1989) pp. 9-10. De esta manera, no sólo sería inconstitucional que el Congreso delegue sus funciones, sino también el hecho de que las otras autoridades las ejerzan (agencias reguladoras o, en nuestro contexto nacional, las superintendencias).

[16] BREYER *et al.* (2002) p. 43.

[17] LOCKE (2002) pp. 149-150.

[18] ELY (1997) p. 161.

[19] ELY (1997) p.161.

De esta manera, se ha entendido que debe ser el Congreso el que autorice cualquier intrusión contra la libertad o la propiedad privada por parte de las autoridades del Ejecutivo, no pudiendo el Presidente actuar por sí mismo.

Más aún, la doctrina contraria a la "delegación" de Poder Legislativo exige que tal autorización tome la forma de reglas que controlen las decisiones administrativas: "Si una regla es vaga, existe el peligro que la autoridad del Ejecutivo se transforme en legislador y se pierdan los elementos saludables de predictibilidad y responsabilidad política de quien dicta las reglas"[20].

Así, y como sostiene Mashaw desde la vereda administrativista, la acción de las agencias comienza con una ley. Más importante aún, y para efectos del Derecho Administrativo,

> "las leyes proveen el estatus de legitimidad del proceso decisorio de las agencias. Excepto por algunas pocas funciones que han sido especificadas en la Constitución, el agente –un oficial del Ejecutivo o una agencia– sólo cuenta con los poderes entregados por el principal –la legislatura–. La especificación legislativa de la competencia, propósitos y poderes de la agencia entregan entonces la justificación normativa de la autoridad administrativa e implica asimismo una concepción instrumental de la administración –las agencias son creadas y reciben atribuciones en orden a implementar la elección de política pública tomada en el proceso legislativo–"[21].

Uno de los aspectos más relevantes en esta materia es el principio de separación de poderes (o funciones) y el de frenos y contrapesos (*checks and balances*). Para Breyer *et al.*, ambos principios apuntan en diferentes direcciones: "La noción de frenos y contrapesos sugiere autoridad compartida (e.g. el poder de veto del Presidente en el proceso legislativo); la separación de poderes sugiere independencia de autoridad (autoridad exclusiva)"[22].

La idea de frenos y contrapesos es fiel reflejo de la mentalidad de los padres fundadores, la de separación de poderes ha sido históricamente muy influyente[23]. Ello, dado que este último principio, según fuera desarrollado por Locke

[20] BREYER *et al.* (2002) p. 38.

[21] Continúa el autor: "Así, no es una sorpresa que una de las principales preocupaciones del derecho administrativo sea regular el vínculo entre la acción legislativa y administrativa. Las leyes otorgan poderes, dirigen y restringen; pero muchas veces fallan a la hora de decidir acerca de cuestiones trascendentales de política pública. En efecto, en el mundo real de la política, donde la administración frecuentemente solicita más poderes y es clave en la redacción de la legislación que se los otorga, las agencias pueden ser vistas más como emprendedores independientes que buscan financiamiento para sus actividades ante el Congreso, que agentes obedientes y bien instruidos respecto de las órdenes del principal". MASHAW (1997) p. 131.

[22] BREYER *et al.* (2002) p. 37.

[23] Para Magide, el principio tan típicamente norteamericano de frenos y contrapesos es un elemento central, desde su origen, del principio de la división de poderes. No obstante, "es habitual en la doc-

y Montesquieu y refinado para el caso americano por Madison, sostiene que las interferencias gubernamentales a las libertades de los individuos deben ser llevadas a cabo a través de reglas de general aplicación y formuladas por autoridades políticamente responsables, siendo estas autoridades diversas de aquellas encargadas de la aplicación (ejecución) de las mismas.

Esta idea de separación es a su vez central para el concepto de imperio del derecho (*rule of law*)[24], como asimismo para la consagración de un rol especial a los tribunales de justicia independientes, dada su condición de ser el Poder del Estado "menos peligroso" (*"the least dangerous branch"*)[25].

Como es posible observar, estos principios de separación de poderes y frenos y contrapesos, sea que se consideren como principios diferentes (y hasta cierto punto contrapuestos como sostienen Breyer *et al.*) o como una misma y sola forma de entender el principio de separación de poderes (como tradicionalmente parece entenderse), han sido puestos en jaque con la creación de las agencias administrativas, a las que simultáneamente se les ha dado el poder de dictar normas de general aplicación, aplicarlas al caso concreto, e investigar, perseguir y decidir acerca de controversias que afectan a individuos (nótese la similitud de las mismas con el caso de las superintendencias chilenas). Ellas combinan poderes en el campo normativo, jurisdiccional y ejecutivo, rompiendo así las claras delimitaciones establecidas en los artículos I (Congreso), II (Ejecutivo) y III (Judicial) de la Constitución norteamericana[26].

---

trina norteamericana distinguir entre la idea de *separation of powers* y la de *checks and balances* como dos cosas diversas y hasta cierto punto enfrentadas. La *separation of powers* supondría la creación de tres Poderes estatales y la rígida atribución a cada uno de ellos de una de las tres funciones estatales tradicionales, mientras que la idea de los *checks and balances* resultaría considerablemente más sutil, pues no supondría una radical división del poder estatal en tres partes, sino que consistiría en un sistema de relaciones entre los diferentes centros de poder regido por la idea de que se contrapesen y frenen unos a otros en garantía de la libertad". MAGIDE (2000) p.177.

[24] En efecto: "Una razón central para la idea de separación consiste en que promueve la uniformidad e imparcialidad a la hora de aplicar sanciones. Si las autoridades encargadas de ejecutar la ley tuvieran el poder de decidir cuándo se deben imponer sanciones, las políticas de exigibilidad (*enforcement*) de las reglas serían reflejo de los intereses privados o prejuicios de las mismas. Ello además haría impredecibles a las mismas. Esta situación dista de una en que las reglas son generales y formuladas por autoridades a las que se les hace difícil estimar cómo sus propios intereses serán afectados por ellas en la aplicación concreta, y por tanto las reglas se acercan a lo que la comunidad considera como reglas deseables. Lo anterior es más probable si estas autoridades buscan la reelección. Más aún, la exigencia que las reglas sean generales aumenta su predictibilidad, facilitando el accionar cotidiano de los individuos (que saben a qué reglas atenerse) y con ello dándoles seguridad. La separación de los poderes de formular las reglas del de aplicarlas reduce así el poder que puede ejercer el Estado contra los ciudadanos, y el que la totalidad del poder estatal pudiera ser ejercido por una misma facción política. BREYER *et al.* (2002) p. 37.

[25] Idea desarrollada en *El Federalista* por HAMITON *et al.* (2001) y popularizada con el libro del mismo nombre de BICKEL (1986).

[26] "(...) hay agencias federales que hoy aparecen ejerciendo todas las tres funciones (del Estado), en circunstancias que sus autoridades no han sido electas democráticamente, ni sujetas al control presidencial (...)". CURRIE (2000) p. 43.

Para Schoenbrod, el artículo I es el más relevante para estos efectos, en la medida en que al entregar "todo el Poder Legislativo" al "Congreso de los Estados Unidos", "opera como prerrequisito para la toma de decisiones importantes que apuntan a aumentar el tamaño del Estado –como crear nuevas leyes, establecer impuestos, destinar recursos y a las fuerzas armadas al combate–: que dichas decisiones sean aprobadas por la mayoría de ambas Cámaras del Congreso"[27].

Así las cosas, el debate sobre la admisibilidad constitucional de las agencias independientes se presenta, para algunos, como una confrontación entre la idea de la "separación de poderes" y la de los "frenos y contrapesos", que para Magide podría traducirse en otros términos "como la oposición entre una interpretación literal y simplista del reparto de poderes que realiza el texto constitucional y el espíritu de la Constitución"[28]; y para otros, en la conceptualización de un Poder Administrativo distinto del Poder Ejecutivo que la Constitución atribuye al Presidente[29]. Para los más críticos todavía, implica revertir aquello por lo que pelearon los revolucionarios americanos ante el Imperio Británico. La bandera de la revolución "no hay impuestos sin representación" ahora es reemplazada ante la acción de estas agencias por una en que hoy tenemos "guerra, regulaciones e impuestos sin representación"[30-31].

2.1.2. Evolución jurisprudencial (Corte Suprema)

Suele destacarse que la última vez que la Corte Suprema norteamericana utilizó la doctrina de la no-delegación para invalidar una ley fue en 1935. Sin embargo,

[27] SCHOENBROD (1999) p. 731.

[28] MAGIDE (2000) p. 177.

[29] A finales del siglo XIX era tradicional en la literatura americana la distinción entre Poder Ejecutivo y poder administrativo. El primero era directamente atribuido al Presidente por la CP, no iba mucho más allá de las atribuciones concretas realizadas por el artículo II de aquélla (relaciones internacionales, defensa, etc.) y tenía sustancia política. El segundo era, en teoría, un poder básicamente apolítico, que debía ser ejercido principalmente por expertos y sobre cuyo sujeto de ejercicio decidía el Congreso. El incremento de funciones de la Administración interventora de la década de los años treinta engrosó progresivamente este Poder administrativo, que concitaba potestades propias de los tres poderes tradicionales para mejor cumplir su misión de dirección y supervisión de los diferentes sectores en los que operaba. Esta concentración de poderes materialmente Ejecutivos, Legislativos y Judiciales entendidos a la manera norteamericana, justificaba, para algunos, su otorgamiento a una cuarta instancia que no estuviese bajo el control directo del Presidente, si es que se quería mantener la esencia del principio de división de poderes entendido como sistema de frenos y contrapesos que la CP de 1787 recogía: el reparto de poder entre diferentes centros que se frenen y contrapesen unos a otros. Para otros, una minoría, se estaba creando un irresponsable cuarto poder sin cabeza. MAGIDE (2000) p. 165.

[30] SCHOENBROD (1999) p. 735.

[31] La idea de que la separación de poderes estuvo en la mente de los padres fundadores y que eso está vinculado al problema de la delegación de poderes a las agencias, también ha sido desarrollada por FROOMKIN (1987) pp. 804-805. Según este autor, la idea original era convertir al Congreso en el poder más poderoso de los tres y que la concentración de poderes en el Presidente estaba muy cerca de los abusos cometidos por la ley inglesa. El rechazo a la ley inglesa explica, justamente, el hecho de que se le haya entregado tanto poder al Congreso, el que, según el autor, tendría mucha libertad para estructurar al Poder Ejecutivo y el Judicial. Una visión opuesta dice que la intención de los fundadores era construir un Ejecutivo unitario. BREYER *et al.* (2002) p. 95.

y como sostiene Sunstein: "suele no destacarse con igual fuerza que la primera vez que se utilizó tal doctrina también fue en 1935"[32].

Para Schoenbrod, desde mediados de los 50, "el Congreso es libre para delegar sin mayores restricciones, lo que llevó a un autor a declarar que la doctrina de la no-delegación estaba muerta. Hoy en día los funcionarios del Poder Ejecutivo legislan habitualmente e incluso establecen impuestos con una mínima guía del Congreso"[33]. Ackerman ofrece una explicación alternativa: tras los fallos de 1935, en 1936 se produjo un "momento constitucional" que reformó la Constitución para permitir la delegación[34].

Hay visiones encontradas respecto del rol de la Corte Suprema previo a la decisión de *Panama Refining Co.* (1935) y *Schechter* (1935), donde se sostuvo la doctrina de la no-delegación. Para Sunstein: "No existen barreras de texto en la Constitución que sostenga que no se pueden delegar los poderes legislativos, como tampoco evidencia explícita acerca de que el constituyente y quienes ratificaron posteriormente la Constitución original creyeran que esta contenía dicha doctrina"[35]. En un sentido similar se pronuncian Aranson *et al.*[36].

Para Schoenbrod, cuando la Corte se pronunció por primera vez en 1813 en un caso de delegación (*Cargo of the Brig Aurora v. United States*), sostuvo que sería inconstitucional para el Congreso delegar sus poderes legislativos. Y a pesar de los argumentos en contrario, que para el autor reflejan un mal entendimiento

[32] SUNSTEIN (1999) p. 4.

[33] SCHOENBROD (2003) p. 246.

[34] Según ACKERMAN (1984) la "reforma" se habría producido al preguntarle al pueblo si quería modificar la CP permitiendo la delegación. El pueblo habría dicho "sí" a través de la reelección del Presidente y de un Congreso reconocido ampliamente como pro delegación.

[35] Más aún, continúa el autor: "las primeras prácticas sugieren una voluntad favorable a la delegación de autoridad, sin que el Congreso fijara parámetro alguno para limitar la discrecionalidad presidencial (...) Ya en el primer año de la República, el Congreso entregó al Presidente el poder de otorgar las licencias para comerciar con las tribus indias "bajo las reglas y regulaciones que prescriba el Presidente". El primer Congreso también estableció pensiones militares "bajo las regulaciones que establezca el Presidente de los EE.UU. (...) La Corte Suprema había sustentado consistentemente la validez de distintas leyes acusadas de ser delegaciones ilegítimas de poder desde el Congreso a la administración". SUNSTEIN (1999) pp. 3-4.

[36] Para estos autores: "(...) aun cuando el desarrollo de la doctrina se mantuvo disperso hasta este siglo, un gran número de casos decididos entre 1892 y 1934 proveyeron validez judicial para incrementar expansivamente la concesiones del Congreso de la autoridad legislativa. Las Cortes mantuvieron la doctrina viva solo en sentencia, hasta que la Corte Suprema la revivió en tres casos para invalidar delegaciones del *"new deal"*. Estos pocos casos, sin embargo, permanecen como los únicos en que la Corte empleó la doctrina de la no-delegación para dejar sin efecto las concesiones de autoridad legislativa, ya que pronto retornó a aceptar amplias delegaciones. Tal es así que los comentaristas se refieren a la doctrina como muerta, aunque la Corte se niega a enterrarla (...)". ARANSON *et al.* (1982) p. 137. Sin embargo, para estos autores: "(...) Una revigorización de la doctrina de la no-delegación absoluta podría resucitar el principio que todo el quehacer legislativo debe residir en el Legislativo. Tal y como propuesta, la doctrina invalidaría todas las acciones de las agencias concernientes a políticas públicas cuando la agencia ha actuado sin un estatuto autorizatorio explícito (...)". ARANSON *et al.* (1982) p. 176.

respecto del concepto "poderes legislativos", "los primeros Congresos no hicieron de la delegación una práctica (...) El principio que legisladores electos eran quienes debían legislar pasó a constituirse en parte fundamental del folclore americano"[37]. Ya en un artículo anterior, Schoenbrod había sostenido que "en al menos tres ocasiones anteriores a 1935, la Corte había derribado leyes federales que delegaban autoridad legislativa. Dos de ellas delegaban poder legislativo a legislaturas estatales y una tercera a tribunales y jurados"[38].

El camino a *Panamá Refining Co.* y *Schecter* pareció comenzar a escribirse con *Field v. Clark* (1892). En dicha sentencia, donde la Corte se pronunciaba respecto de la delegación al Presidente de potestades a través de la Ley de Aranceles (*Tariff Act*) de 1890, el juez Harlan sostuvo: "Que el Congreso no pueda delegar poderes legislativos en el Presidente es un principio universalmente reconocido y vital para la mantención e integridad del sistema de gobierno establecido en la Constitución"[39].

Más adelante, en *J.W. Hampton & Co. v. United States* (1928) la Corte Suprema sostuvo que el Congreso podía delegar el poder de legislar si proveía un *"principio inteligible"* para guiar a las agencias. En efecto, en las palabras del juez Taft, presidente de la Corte: "Si el Congreso establece mediante un acto legislativo un principio inteligible que el cuerpo o persona autorizada para fijar (...) precios pueda seguir, tal acción legislativa no es una delegación prohibida de poder legislativo"[40].

La Corte, sin embargo, no admitió explícitamente que el Congreso podía delegar el Poder Legislativo. Como la Corte reconocería cinco años más tarde, al declarar que la ley que se discutía en el caso *Hampton* delegaba Poder Legislativo en una manera "permisible", esto es, en una "dosis pequeña"[41].

Pero las implicancias estaban claras en 1928. Un ferviente admirador del gobierno de los expertos (agencias) de la época, el Presidente Hoover, sostenía, enojado ante el alejamiento de la tradición constitucional en la materia: "Existe una sola comisión (agencia) a la que se le puede delegar autoridad. Esa es la gran comisión elegida por los electores, el Congreso y el Presidente (...) Es la única comisión que es responsable ante el electorado"[42]. Una vez más, el argumento del *accountability*, la rendición de cuentas democrática, entraba en acción frente al problema de la delegación de poder legislativo en agencias independientes.

[37] SCHOENBROD (2003) p. 241.
[38] SCHOENBROD (1999) p. 736.
[39] Citado por BREYER *et al.* (2002) p. 67.
[40] Citado en HALL (1992) p. 777.
[41] SCHOENBROD (1999) p. 737.
[42] SCHOENBROD (1999) pp. 737-738.

Para Mashaw, desde la vereda opuesta (esto es, desde una visión pro delegación), lo que en realidad estaba sucediendo en los años anteriores a *Panamá* y *Schechter* era que la Corte tenía una doctrina de la no-delegación que se basaba simultáneamente en la declaración de que el Congreso no podía abdicar de su poder monopólico en la creación legislativa, pero a la vez no invalidaba delegación de poderes al Presidente o a las agencias administrativas, convirtiendo, por tanto, en letra muerta dicha doctrina. Para Mashaw esta doctrina "antigua" de la no-delegación (pre 1935) no era más que un "formalismo vacío"[43].

Sin embargo, sería en 1935 cuando la Corte invalidaría leyes delegatorias del Congreso por ser contrarias a la Constitución. En *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935), la Corte Suprema invalidó una sección de la Ley Nacional de Recuperación Industrial (*NIRA*) que autorizaba al Presidente a prohibir el transporte interestatal de petróleo cuando su precio ha violado cuotas de producción fijadas a nivel estatal. La Corte concluyó que el defecto yacía en la ausencia de parámetros que especificaran con exactitud cuándo el Presidente podía ejercer este poder.

Sin embargo, la mayor decisión vendría en *Schechter Poultry Co. v. United States*, donde la Corte invalidó la Ley Nacional de Recuperación Industrial (*NIRA*) en su conjunto como un todo. Al hacerlo, la Corte realizó cuatro puntos clave. Primero, los parámetros de la ley eran muy amplios e incluso contradictorios, sin limitaciones a la actuación gubernamental. Segundo, la Corte sostuvo que la ley delegaba potestades públicas en grupos privados. Tercero, la Corte mostró otro tipo de leyes regulatorias que contenían mecanismos procedimentales de resguardo. Cuarto, la ley analizada no cubría sectores particulares, sino la totalidad de la economía, lo que dejaba a ésta al arbitrio de decisiones gubernamentales que no tenían límites del legislador[44].

Ambas decisiones fueron consideradas parte integrante de una guerra frontal de la Corte conservadora contra el núcleo de las políticas económicas que estaba tratando de implementar F.D. Roosevelt (FDR) como parte de su *New Deal* [45]. Frente a esta amenaza, la Corte cedió a sus pretensiones "libertarias" y en los fallos siguientes mostró gran deferencia con esta legislación[46].

---

[43] MASHAW (1997) p. 133.

[44] SUNSTEIN (1999) p. 5.

[45] Así, la controversia entre el Presidente y la Corte iba mucho más allá del debate constitucional-administrativo respecto de la no-delegación. Así, la Corte asumía la defensa de un constitucionalismo de *laissez-faire*. La respuesta presidencial no llegaría en 1936 (año de elecciones), sino a comienzos de 1937: propuso aumentar el número de Ministros integrantes de la Corte (pudo haber llegado a 15) para minimizar el peso de la mayoría "conservadora" imperante. Diluirla. Este sería el famoso *"court-packing plan"* de FDR que sigue en la retina del derecho americano hasta el día de hoy como sinónimo de que la autonomía de la Judicatura siempre está a merced de los ataques y amenazas de los poderes políticos.
HALL (1992) p. 203.

Bajo este escenario, en el siguiente caso de no-delegación que hubo de conocer, *Yakus v. United States* (1944), los precedentes de 1935 no tuvieron mayor impacto, pese a tratarse de delegaciones con directrices tan vagas y extensas a la autoridad administrativa como las de *Panamá* y *Schechter*. En *Yakus*, y en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, la Corte no invalidó la posibilidad de que la OPA (Oficina de Administración de Precios) pudiera efectuar controles de precios en la economía para prevenir la inflación.

En las décadas posteriores, los intentos por invalidar leyes sobre la base de la doctrina de la no-delegación fracasaron en forma reiterada. Más aún, la Corte ha reafirmado en diversas oportunidades leyes que entregan grandes transferencias de poder hacia el Ejecutivo. Con todo, han existido señales contradictorias.

El ejemplo más claro es el fallo de la Corte en *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute* (1980, conocido como el *Benzene Case*, donde la Corte analizó la Ley de Seguridad y Salubridad Ocupacional –OSHA–). La mayoría se refirió a la doctrina de la no-delegación, no para invalidar una norma, sino como canon de interpretación de la ley en la medida en que la doctrina de la no-delegación exigiría, bajo *Benzene*, una "declaración precisa, explícita" (*"clear statement"*) del legislador cuando delegue de manera amplia en el Ejecutivo, que no deje espacio para la ambigüedad. Tras el *Benzene Case*, surgieron ocasionalmente decisiones de jueces inferiores sugiriendo que la doctrina de la no-delegación había "dejado de estar moribunda"[47].

Finalmente destaca el caso *Whitman v. American Trucking* (2001), donde el juez Scalia, escribiendo por una Corte unánime, sostuvo que no era justiciable dicha doctrina en la medida en que no existían "estándares de control judicial administrables" (*"a judiciably manageable standard"*)[48]. Para Breyer *et al.*, esta sentencia echó por tierra el trabajo intelectual de décadas de quienes abogaban porque la Corte volviera a implementar la doctrina de la no-delegación[49].

Sin perjuicio de lo anterior, el juez Thomas, reconocido conservador (al igual que Scalia), en su voto concurrente, sostuvo, pensando en un tiempo futuro en que la Corte volviera a aplicar la doctrina con la fuerza de las sentencias de 1935, que: "En un día futuro (...) estaré dispuesto a revisar la cuestión de si acaso nuestra jurisprudencia de delegación se ha apartado demasiado del

[46] Este cambio de actitud se popularizó con la frase: *"the switch in time that saved nine"*, juego de palabras que rima en inglés y que puede traducirse como el "cambio a tiempo que salvó a los nueve", en el sentido que finalmente no fue necesario modificar la integración de la Corte. Así, se salvó parte relevante del diseño y tradición de la Corte, pero doblegada ante el *New Deal*.

[47] SUNSTEIN (1999) p. 6.

[48] BREYER *et al.* (2002) p. 75.

[49] BREYER *et al.* (2002) pp. 78-79.

entendimiento que tuvieron los padres fundadores sobre la separación de los poderes"[50].

2.1.3. Los argumentos del debate del non delegation doctrine

Separaremos este capítulo distinguiendo las posiciones existentes.

2.1.3.1. Argumentos de la doctrina de la no-delegación

El primer objetivo promovido por la doctrina de la no-delegación es el *accountability* político.

Para Ely, las razones por las cuales se invirtieron los papeles y las agencias pasaron a convertirse en legisladores no son difíciles de discernir: "resulta sencillamente más fácil y paga más dividendos políticos visibles, el actuar como mensajero (...) que desempeñarse como parte de un auténtico proceso legislativo"[51]. A mayor abundamiento Ely sostiene:

> "¡Cuánto más cómodo debe ser votar sencillamente a favor de un decreto que exija automóviles seguros, aire puro o no discriminación, y dejar a otros la tarea de dar cuerpo a lo que tal mandato pueda significar! ¡Cuánto más seguro también parece ser que en la mayor parte de las decisiones difíciles, nuestros representantes, astutamente, prefieren no verse obligados a votar y ser contados, sino más bien dejar que algún burócrata de la rama ejecutiva, o quizás alguna comisión reguladora independiente, reciba el inevitable fuego político!"[52].

Frente al argumento de los autores pro delegación en torno a que las instrucciones legislativas detalladas serían impracticables en un mundo dinámico como el nuestro, Ely entrega dos respuestas. En primer lugar, mejorando la respuesta técnica del Congreso, a través del incremento de la experticia de los asesores (*staff* del Congreso), equilibrando así la capacidad del Congreso con los "expertos" del Ejecutivo.

La segunda, y más fundamental, "es que la doctrina de la no-delegación, incluso en su punto más alto, nunca insistió en más detalle del que podía suministrarse, ni en que los asuntos se decidieran con mayor permanencia de la que permitiera el tema. Lo único que se requería era orientación de políticas y la orientación de políticas es lo que se echa de menos en buena parte de la legislación contemporánea"[53].

[50] Thomas citado por SCHOENBROD (2003) p. 261.
[51] ELY (1997) p. 162.
[52] ELY (1997) p. 162.
[53] ELY (1997) p. 163.

Pero Ely sabe que la razón de fondo en esta cuestión dice relación con que frecuentemente no será políticamente conveniente para los legisladores resolver asuntos de política:

> "El que los legisladores a menudo encuentren que es más conveniente eludir su responsabilidad es precisamente una razón a favor de la doctrina de la no-delegación. (...) Como lo expresó el juez Wright en 1972: 'Un argumento a favor de dejar decidir a los expertos cuando los representantes del pueblo no tienen certeza o no pueden ponerse de acuerdo, es un argumento a favor del paternalismo y en contra de la democracia'"[54].

En la misma lógica, Schoenbrod sostiene que lograr que los representantes asuman la responsabilidad (por las leyes que dictan) es la razón que está detrás del principio establecido en el Artículo I, que establece que los legisladores deben hacer las leyes. La lógica de este autor es que el diseño constitucional obliga a los legisladores a asumir la responsabilidad de los beneficios y costos, el premio o el castigo, de la nueva legislación que decidan crear:

> "No importando cómo voten, terminarán ofendiendo a parte de su electorado. Sus rivales en la próxima elección (reelección) buscarán mostrar al electorado el registro de sus votaciones en el Congreso. Así, los incumbentes (aquellos parlamentarios en el cargo que buscarán la reelección) no saben con certeza cuáles de sus votos volverán para la siguiente elección a 'aterrorizarlos' y por tanto, deben ser muy responsables y precavidos con el uso de su poder legislativo"[55].

Debido a lo anterior, para Schoenbrod la esencia de la responsabilidad legislativa se encuentra no en el texto de la ley misma, sino en el debate en las salas del Congreso: "Con la delegación dicho debate es evadido (...) Estos debates generan noticia y son atractivos para el interés del público"[56]. Así, la potestad de legislar es de tal importancia, que el diseño constitucional busca impedir que los legisladores puedan evadir las decisiones difíciles.

Esta mirada va de la mano con la perspectiva que tiene la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*)[57]. Legisladores interesados en la reelección buscarán delegar en las agencias o el Presidente para evitar pagar los costos de las de-

[54] ELY (1997) p. 164.
[55] SCHOENBROD (1999) p. 740.
[56] SCHOENBROD (1999) pp. 744-745.
[57] En GARCÍA y SOTO (2009) se hace una revisión profunda de la literatura y las implicancias de la Teoría de la Elección Pública para el proceso legislativo. Ahí se analiza bajo qué categorías de legislación es posible esperar incentivos para la delegación del Congreso en el Ejecutivo o en las agencias. Para ARANSON *et al.* (1982) ésta se producirá en aquellos tipos de legislación que establecen beneficios para una parte del electorado de un parlamentario, pero a costa de imponer costos a otra parte del electorado. En estos casos se optará por delegar o bien aprobar legislación con una redacción vaga o

cisiones difíciles. Así, podrán delegar e invocar el crédito de buenas decisiones y criticar las malas decisiones de las agencias. El problema así planteado lleva, según Schoenbrod, a los legisladores "a crear y aumentar el poder normativo de las agencias, hacer más ambiciosos sus objetivos, sus métodos de fiscalización más intrusivos y sus procedimientos más complejos"[58]. Para Aranson *et al.*, la revigorización de la doctrina de la no-delegación bajo este escenario implicaría que los legisladores deban redactar leyes de manera mucho más detallada[59].

Para Sunstein, este argumento parece muy simple: muchas agencias que cuentan con poderes discrecionales son supervigiladas por el Presidente (lo mismo sucede en Chile respecto de las superintendencias), quien sí está sujeto al control de los electores:

> "Una respuesta más sofisticada lleva a concluir que la doctrina persigue un *accountability* distinto, aquel que proviene de la toma de decisiones específicas por parte de un órgano deliberativo que refleja las miradas de diversos representantes del país. Esto es, más que de una rendición de cuentas abstracta, la doctrina persigue hacer efectivo el objetivo constitucional de asegurar una democracia deliberativa, que potencie la reflexión de las autoridades que representan a la comunidad. Así, el poder de dictar leyes que se entrega al Congreso busca asegurar la combinación entre *accountability* y deliberación"[60].

Para Posner y Vermeule, el enfoque debe ser otro. Si bien reconocen que la Constitución prohíbe la delegación de poder legislativo, el problema de la no-delegación debiese ser que ni el Congreso ni sus miembros pueden delegar la autoridad de votar respecto de leyes federales o ejercer *de jure* poderes de los legisladores. Así, el conceder autoridad al Ejecutivo o a las agencias nunca puede llegar a convertirse en una delegación de potestades legislativas. Así, esta concesión de autoridad no es una transferencia de poder, sino el ejercicio de Poder Legislativo. Por la inversa, el agente al que se le ha conferido autoridad está ejerciéndola dentro de los límites de su Poder Ejecutivo, no legislativo[61].

Un punto estrechamente vinculado con el anterior (el *accountability político*) dice relación con la manera en que la ley puede interferir con las libertades individuales. Una garantía para dichas libertades consiste precisamente en que mientras diversos parlamentarios no se hayan puesto de acuerdo en una regla

ambigua. Ver también MCNOLLGAST (1999) y MOE y HOWELL (1999). Para un análisis respecto de cómo nuestro diseño constitucional parece una concreción bastante perfecta de los postulados del Public *Choice*, ver GARCÍA y SOTO (2009)

[58] SCHOENBROD (1999) p. 747.

[59] ARANSON *et al.* (1982).

[60] SUNSTEIN (1999) p. 8.

[61] POSNER y VERMEULE (2002) p. 1723.

que contenga palabras específicas, la sociedad no quedará obligada por una nueva ley. Para Breyer *et al.* la idea subyacente es simple: "el pueblo no estará sometido al cumplimiento de requisitos o aceptar restricciones si no existe autorización legislativa explícita para ello. Esta idea está asociada a las ideas contractualistas sobre el pacto social"[62].

Desde la perspectiva del *Public Choice* encontramos la idea de que la *non delegation doctrine* promueve legislación pro bienestar social (y no en el interés de ciertos grupos de presión). Esto se debe a la visión de que gran parte de la legislación es, en parte, el esfuerzo de grupos de presión que, persiguiendo su propio interés, buscan a través de legislación redistributiva obtener recursos a su favor, la doctrina de la no-delegación.

Bajo esta mirada, la idea de que la legislación sólo puede ser promulgada cuando exista consenso para ello constituye una protección de que nuevas leyes tenderán a causar más beneficios que daño a la sociedad en su conjunto. Así, una estricta aplicación de la doctrina de la no-delegación reduciría legislación ineficiente (en términos económicos aquella que genera más costos que beneficios sociales), aumentando la probabilidad de que sean leyes eficientes las que sean aprobadas[63].

Por otra parte, se ha dicho que la doctrina de la no-delegación también promueve el imperio del derecho. Lo hace, en primer lugar, al permitir a los individuos de una comunidad tener claro a qué reglas atenerse, aquello que está prohibido, aquello que está permitido (esto refuerza nuestra idea de seguridad jurídica). Para Sunstein, lo anterior tiene consecuencias económicas, dado que deriva en una reducción de los costos de litigación y la necesidad de asesoría jurídica. Segundo, lo hace al distribuir y limitar el poder discrecional de los funcionarios de la administración, que de lo contrario podrían actuar de manera abusiva o caprichosa. Lo anterior implica que la doctrina de la no-delegación es reflejo de la búsqueda por parte de los padres fundadores de un conjunto de protecciones contra el interés de las facciones y la concentración del poder[64].

Por otra parte, para Schoenbrod, el principio de que son los legisladores elegidos por el pueblo los que deben hacer las leyes, contiene la mayoría de los elementos esenciales de una doctrina constitucional robusta: "un gran pedigrí enraizado en el texto y espíritu de la Constitución, la apelación a ideas

[62] BREYER *et al.* (2002) p. 55. Con todo, para SUNSTEIN (1999) p. 9 esta concepción de la libertad es problemática: "¿Por qué debemos creer que el statu quo favorece la libertad, y que cualquier nueva ley implica una amenaza para la libertad? (...) Este tipo de cuestiones me parece levantan serias interrogantes acerca de que una aplicación estricta de la doctrina de la no-delegación promovería la libertad, propiamente concebida".

[63] SUNSTEIN (1999) p. 10.

[64] SUNSTEIN (1999) p. 10.

populares acerca de lo justo y lo correcto, y un test de antiguo linaje que la Corte puede aplicar con consistencia. Lo que la doctrina carece, al menos por el momento, es de viabilidad política. Esta, sin embargo, no es razón para que la Corte la entierre"[65].

2.1.3.2. Argumentos pro delegación

Se han entregado buenos argumentos para oponerse a la doctrina de la no-delegación, o, lo que es lo mismo, entregar argumentos a favor de una doctrina que permita la delegación (*pro-delegation* como se conoce en el derecho americano).

Un primer fundamento, de carácter institucional, dice relación con que la doctrina falla por sus implicancias en términos de capacidad judicial, y no de sus méritos. La diferencia entre una delegación permitida y una que no lo es, es una de grado y no de naturaleza. Como hemos visto, ésta es la posición del juez Scalia en *American Trucking*, para quien la doctrina no es aplicable simplemente porque los jueces no cuentan con mecanismos o reglas de interpretación para aplicarla.

Cualquier esfuerzo en la materia, sostiene esta posición, aumentaría la incertidumbre, forzando a las personas a adivinar, sin tener antecedentes claros a la hora de evaluar, acerca de cuánta ambigüedad legislativa está prohibida constitucionalmente. El problema se relaciona con el éxito probable de una revisión judicial posterior.

Una segunda razón, y que suele ser la más esgrimida, dice relación con que muchas veces el Congreso tiene buenos motivos para delegar. Generalmente esos motivos se relacionan con la mayor capacidad técnica y experticia que tiene el Ejecutivo o una agencia regulatoria. Por ejemplo, el Congreso puede carecer de la información relevante (e.g., ámbitos de regulación económica sofisticada) o se hace difícil para un órgano colegiado acordar un camino de acción específico.

Un tercer argumento, desde la perspectiva de la legitimidad y *accountability* democrático, como asimismo desde el impacto en el bienestar social, está dado por Mashaw. Este autor sostiene que no existen buenos argumentos, pensando en los de Schoenbrod antes analizados, que deslegitimen el accionar de las agencias. Tanto si la fuente de legitimidad de su accionar proviene de normas legales precisas como de principios generales establecidos por el legislador, que deben ser interpretados por estas, no existen, a su juicio, problemas de

[65] SCHOENBROD (2003) p. 280.

legitimidad. Así, no se lesiona la "conexión electoral" desde la perspectiva de la rendición de cuentas democrática, en la medida en que, como veremos, puede ser ejercida por el Presidente[66].

Junto con lo anterior, y desde la perspectiva del bienestar social, Mashaw sostiene que el bienestar social podría verse incrementado. Si bajo el esquema descrito por el *Public Choice* en cuanto el proceso legislativo es básicamente entendido como un conjunto de intercambios permanentes de votos entre los legisladores (*logrolling*) para formar coaliciones que busquen entregar legislación de interés privado a grupos de interés (que financian las campañas de reelección de los parlamentarios) o a los electores de los parlamentarios (que les permite reelegirse), se generará un exceso (sobre oferta) de legislación de puro interés privado, entonces legislación vaga o ambigua, o delegar, puede aumentar el bienestar social (o al menos evitar que no se vea tan afectado).

La lógica para este autor es la siguiente: delegar es un mecanismo del Congreso para autolimitarse y evitar el *logrolling*, como asimismo existe una posibilidad de un control de la regulación desde la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB) del Gobierno, como desde los tribunales, ambos con un fuerte sello costo-beneficio. Este control potencia el que sólo se apruebe legislación de mayor impacto social (pro bienestar social o interés común), o al menos se minimicen escenarios donde existan altos costos sociales o puros beneficios privados que afecten el bienestar social[67].

Si el Congreso no controla la discrecionalidad de las agencias, entonces ¿debe hacerlo el Presidente? Como sostienen Breyer *et al.*, tal vez deba ser el Presidente quien debe velar porque las agencias tomen decisiones inteligentes, justas y efectivas; que sigan su voluntad; o que las políticas regulatorias estén coordinadas de manera apropiada[68].

Para Breyer *et al.*, el problema de la coordinación y supervigilancia de las decisiones de las agencias, incluso al interior del Ejecutivo, se acentúa por una circunstancia legal y una política. Primero, la legal consiste en el hecho que "muchas leyes entregan el poder legal para tomar decisiones regulatorias no

[66] MASHAW (1997) p. 148.
[67] MASHAW (1997) pp. 148-149.
[68] Estos autores se preguntan: "¿No es acaso que la mayoría (sino la totalidad) de los encargados de las agencias trabajan para el Presidente? ¿Entonces cuál es el problema? ¿Es acaso el típico problema de falta de control de un empleador sobre el trabajo de su empleado o el que el empleador simplemente tiene demasiado trabajo como para poder vigilar a todos sus empleados? ¿O acaso existen buenas razones para insular a las agencias del control presidencial? Note que existe un serio problema de coordinación al interior del Gobierno. La necesidad de coordinación proviene de la gran cantidad de reparticiones y divisiones de la administración con funcionarios y autoridades que tienen responsabilidades cruzadas, o con atribuciones que, una vez ejercidas, pueden afectar la responsabilidad de otras agencias". BREYER *et al.* (2002) p. 87.

al Presidente, sino a los encargados de las agencias, a un Ministro o una Comisión"[69].

En segundo lugar, la circunstancia política se relaciona con que el electorado afectado por una decisión regulatoria particular se relaciona más directamente con el Congreso o una agencia determinada que con la Presidencia: "La consecuente 'balcanización' del Ejecutivo, fragmentada en numerosas subramas, es exacerbada por la creciente tendencia del Congreso de crear nuevas subcomisiones, cada una generando algún tipo de fiscalización sobre la acción de alguna agencia, ofreciendo asimismo cierto nivel de 'visibilidad' política a su director"[70].

Finalmente, desde la perspectiva del respeto al imperio del derecho, una posición pro delegación puede ser vista como positiva en el sentido en que los estándares de revisión judicial son mayores en el caso del control de las agencias, que del legislador. En otras palabras, el escrutinio tradicional aplicado por los jueces para analizar una regulación, el estándar de "racionalidad", será mayor o menor dependiendo de su fuente, legislador o agencia. En el primer caso, la deferencia será mucho mayor.

2.1.3.3. Tesis de Cass Sunstein: "cánones de no-delegación"

Una perspectiva interesante e intermedia es la que entrega Sunstein, quien cree que dicha doctrina "está viva y en buenas condiciones. Ha sido relocalizada más que abandonada"[71]. Para el autor, las cortes federales no reivindican comúnmente una doctrina general de no-delegación, sino una serie, más específicas aunque igualmente relevantes, de doctrinas de no-delegación: "Más que invalidar leyes debido a su amplitud, las cortes sostienen que las agencias administrativas federales no pueden involucrarse en ciertas actividades a menos que el Congreso las haya autorizado de manera explícita. Las decisiones relevantes deben ser tomadas legislativa, no administrativamente"[72].

Así, desde una perspectiva técnica, los fallos más relevantes no están basados en la doctrina de la no-delegación, sino en ciertos "cánones" de interpretación.

Estos cánones, según Sunstein, no son sólo "legítimos", sino además poseen "ventajas cruciales" respecto de la tradicional doctrina de la no-delegación, en la medida en que son fácilmente administrables, hacen menos gravoso su uso por parte de la judicatura y son menos dañinos desde la perspectiva institucional[73].

[69] BREYER *et al.* (2002) p. 88.
[70] BREYER *et al.* (2002) p. 88.
[71] SUNSTEIN (1999) p. 1.
[72] SUNSTEIN (1999) p. 1.
[73] SUNSTEIN (1999) p. 3.

De alguna forma representan para el autor una suerte de "minimalismo democrático saludable" en la medida en que les entrega ciertas decisiones colectivas relevantes a instituciones con un pedigrí democrático superior, pasando a ser "una manifestación contemporánea del esfuerzo de los fundadores de vincular la protección de los derechos fundamentales, y otros intereses importantes, con un diseño institucional apropiado"[74].

Para Sunstein, parece no existir un caso plausible a favor de revigorizar a gran escala la tradicional doctrina de la no-delegación. Ello generaría problemas de capacidad judicial, como asimismo sería incapaz de resolver la gran cantidad de problemas y patologías que sufre el Estado administrador moderno. Con todo, ello no implica que no pueda jugar rol alguno en el sistema constitucional. Entonces, ¿cuál es la autoridad que tienen las agencias administrativas para interpretar la ley?

Para el autor, "Cuando el Congreso ha hablado claro, todos están de acuerdo que ello obliga a las agencias. El problema es cuando no lo ha hecho. La versión más restrictiva de la doctrina de la no-delegación llevaría a concluir que en esos casos las agencias no pueden hacer nada, dado que la delegación de poder sería nula"[75].

La respuesta puede encontrarse en *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1983), una de las sentencias más relevantes del Derecho Administrativo americano moderno. En ella, la Corte Suprema sostuvo que, a menos que el Congreso hubiese decidido con "precisión el tema en cuestión", las agencias quedaban autorizadas para interpretar las normas ambiguas de forma que hicieran sentido, siempre y cuando dicha interpretación fuera razonable. *Chevron* crea así un test de dos pasos. Primero, se debe ver si el Congreso (el legislador, en nuestro caso) ha decidido con precisión el tema en cuestión. Segundo, si la interpretación de la agencia es razonable. El canon de interpretación con *Chevron* es claro: frente a la ambigüedad las normas significan lo que la agencia relevante dice que significan. En principio, entonces, este es un canon pro delegación[76].

---

[74] SUNSTEIN (1999) p. 4.

[75] SUNSTEIN (1999) p. 13.

[76] Algunos autores han criticado este canon bajo los parámetros de la doctrina de la no-delegación. Para ellos, bajo Chevron, a las agencias no sólo se les puede delegar poderes amplios, sino que se les permite interpretar el ámbito de su competencia, al menos en caso de ambigüedad. Un régimen en que las agencias carecen de esta autoridad, podría sostenerse, se aviene mejor con la no-delegación, dado que las agencias carecerían del poder de interpretar las leyes con sus propios criterios. Así, Chevron implicaría que las ambigüedades legislativas son delegaciones implícitas de facultades interpretativas (en realidad legislativas) a las agencias. La mirada contraria, que las ambigüedades no son delegaciones en lo más mínimo, podría avenirse mejor a la estructura constitucional. Para Sunstein, la debilidad de esta objeción proviene del hecho que "cuando las leyes son ambiguas, no existe propiamente delegación. Se podría pensar que el Congreso no ha sido claro porque fue incapaz de resolver la cuestión o

Sunstein propone tres categorías de cánones de no-delegación: de "inspiración constitucional", de "inspiración estructural" y de "inspiración en políticas públicas legislativas".

En primer lugar, aquellos que tienen "inspiración constitucional". Ellos tienen por objeto alcanzar un determinado objetivo que posee fundamento constitucional[77]. Por ejemplo, el que las agencias no pueden interpretar las leyes de una forma tal que generen cuestionamientos constitucionales, que no puedan aplicar las leyes retroactivamente aunque las normas sean ambiguas, o que las leyes penales deben ser interpretadas pro acusado[78].

Una segunda categoría dice relación con aquellos que el autor denomina de "inspiración estructural", que se relacionan con la naturaleza de la autoridad gubernamental. Un canon en este sentido para el autor es aquel que establece que a las agencias no les está permitida la aplicación extraterritorial de las leyes. Si las leyes reciben dicho tratamiento, deberá ser como resultado de una autorización basada en el juicio legislativo previa deliberación.

La noción "estructural" descansa sobre la base que la aplicación extraterritorial "involucra juicios extremadamente sensibles acerca de las relaciones internacionales"[79], por lo tanto, "estos deben provenir del proceso legislativo ordinario (en que el Presidente participa por supuesto). Sin embargo, el Ejecutivo no puede tomar esta decisión por sí mismo"[80].

Finalmente están aquellos inspirados en políticas públicas que han sido adoptadas por el legislador. Estos cánones buscan que se respeten los lineamientos de política pública que ha adoptado el legislador en algunas materias específicas. Por ejemplo, sólo toca al legislador establecer exenciones tributarias o en caso en que se esté ante beneficios entregados a veteranos de guerra, las agencias siempre interpretarán estos en el sentido más generoso hacia ellos[81].

Así, estos cánones buscan que la extensión, modificación o derogación de ciertos beneficios (e.g., tributarios o previsionales) sean parte de la discusión

prever sus efectos. Quien recibe la delegación entonces puede ser tanto una agencia como un juez. Si el criterio de Chevron es rechazado, los términos ambiguos serán interpretados por el juez y no por la agencia. Ello implica que en ningún caso las decisiones difíciles habrán sido tomadas por el legislador. Chevron sí aumenta el poder discrecional de las agencias, y en este sentido es pro delegación, pero sólo en relación a los tribunales". SUNSTEIN (1999) pp. 14-15.

[77] SUNSTEIN (1999) p. 16.

[78] Utilizando un lenguaje más cercano a nosotros, podría decirse que la "inspiración constitucional" consiste en que la interpretación que realizan las agencias no puede contradecir a la CP y, es más, debe contener los valores y principios de aquella. Involucraría una suerte de interpretación conforme a la CP.

[79] SUNSTEIN (1999) p. 18.

[80] SUNSTEIN (1999) p. 18.

[81] SUNSTEIN (1999) p. 19.

legislativa y no objeto del lobby de algunos grupos de interés que logran capturar a agencias administrativas[82].

En definitiva, los cánones de interpretación propuestos por Sunstein deben ser entendidos, a su juicio, no como barreras, sino como catalizadores a la actuación gubernamental. Así, se permite su accionar en la medida en que sigan ciertos pasos. Estos son cánones de no-delegación, ya que prohíben a las agencias administrativas tomar decisiones por sí solas:

> "Ello refuerza que las decisiones más relevantes sean tomadas por el proceso democrático (legislativo), asegurándose la deliberación y negociación de los representantes del pueblo (...) manifestación contemporánea del esfuerzo de los fundadores de vincular la protección de las garantías individuales y otros intereses importantes con un diseño institucional apropiado"[83].

Asimismo, estos cánones sí actúan como barrera, y ya no como catalizadores, cuando estamos frente a meros juicios o decisiones discrecionales de la Administración (o el Ejecutivo) en el tema en cuestión. Sin embargo, dado que los cánones de no-delegación son simples instrumentos de interpretación de las leyes, "ellos no pueden servir como obstáculo a delegaciones expresas que desee hacer el Congreso"[84].

2.1.4. Comentarios finales

De todo lo anterior, y como sostienen Breyer *et al.*, existe gran discusión respecto del estatus constitucional de las agencias en la actualidad, siendo posible distinguir, al menos, cuatro posiciones:

1. Una posición originalista que propone invalidar las agencias independientes;

2. Otra perspectiva originalista que apoya la existencia de agencias independientes;

3. Aquella que enfatiza el cambio de circunstancias que invalida a las agencias independientes, aunque hayan tenido sustento constitucional en el pasado;

4. Aquella que sostiene que el cambio de circunstancias valida las agencias independientes, aunque en el pasado no hayan sido aceptables constitucionalmente[85].

[82] SUNSTEIN (1999) p. 19.
[83] SUNSTEIN (1999) pp. 19-20 y 1-2.
[84] SUNSTEIN (1999) p. 20.
[85] BREYER *et al.* (2002) p. 117.

¿Está la doctrina de la no-delegación realmente muerta? Pareciera ser que la mayoría de la doctrina norteamericana así lo piensa. Sin embargo, el problema es más complejo, como quedó demostrado con el fallo *American Trucking* (2001). Como vimos, en éste el juez Scalia (por una Corte unánime) reafirmó la importancia de la doctrina, sin embargo la declaró impracticable por la falta de parámetros claros para hacerla justiciable. ¿Quedó la puerta abierta para un renacimiento de esta doctrina?

2.2. La relación del Presidente de los EE.UU. con las agencias reguladoras

El debate jurisprudencial de la relación entre el Presidente de los EE.UU. y las agencias reguladoras se basa en dos tópicos: En primer lugar, el hecho de que el Presidente no puede remover a su arbitrio a sus autoridades y, en segundo lugar, en el problema de si el Presidente puede o no enviar instrucciones obligatorias a las agencias.

2.2.1. El Presidente no puede remover a su arbitrio a los miembros de las agencias

Esta materia consiste en el cuestionamiento de la constitucionalidad de la "limitación por el Congreso de la potestad del Presidente de cesar a los titulares de sus órganos rectores"[86]. Al tratarse de órganos de la Administración, lo lógico sería que, en principio, el Presidente los pudiera remover libremente (*at will*). Sin embargo, ello no es así, ya que las leyes que los crean han fortalecido la autonomía de las agencias al impedir que el Presidente los pueda cesar sin contrapeso alguno[87]. Es más, normalmente se establecen plazos de duración a las autoridades de las agencias durante los cuales dichas autoridades son inamovibles. Hoy, como veremos, la remoción de los miembros de las agencias sólo puede realizarse por causas específicas[88].

Un ejemplo que se ha discutido: la *Federal Trade Commission*, creada en 1914 por el Congreso, contempla una comisión independiente, integrada por miembros que duran siete años y no pueden ser removidos.

Sin embargo, el problema no ha sido tan simple en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Respecto de la misma *Federal Trade Commission, en Myers v. United States* [89], la Corte Suprema determinó que era inconstitucional la exigencia de que los nombramientos hechos por el Presidente fueran revisados por el Con-

[86] MAGIDE (2000) p. 161.
[87] Sobre los argumentos que demuestran que el poder de remoción no es absoluto, y que el Congreso puede pronunciarse al respecto, véase el completo trabajo de FROOMKIN (1987) pp. 798-808.
[88] Un autor que conceptualiza las agencias, incorpora en su definición el hecho de que sus "autoridades sirven por un período definido durante el cual no están sujetas a la dirección del Presidente y no pueden ser removidas sino sólo por causa (for cause)". FROOMKIN (1987) p. 798.
[89] 272 U.S. 52 (1926).

greso. Lo anterior se deriva de que el art. II de la Constitución le atribuye sólo al Presidente el Poder Ejecutivo, por lo que éste tiene un poder ilimitado de remoción sobre toda la Administración del Estado[90]. Así, el Presidente pasaba a convertirse, en los hechos, en un importante superior jerárquico de las agencias.

Años después, en *Humphrey Executor v. United States* [91], la Corte relativizó su postura al conocer de un caso de remoción por un desacuerdo del Presidente Roosevelt con la política adoptada por la comisión. La Corte admitió la constitucionalidad del estatuto que determina que los miembros de la comisión sólo pueden ser removidos por el Presidente en caso de ineficiencia, incumplimiento de deberes o conducta ilícita en su función[92], limitando sustancialmente el ámbito en que la decisión presidencial puede operar[93].

Interesante fue el argumento de la Corte: la agencia ejerce atribuciones cuasijudiciales y cuasilegislativas y, por consiguiente, no es sólo un órgano estatal parte del Poder Ejecutivo. El Presidente sólo tiene competencia en materias propias de este último, y las agencias van más allá de dicho poder. Por consiguiente, las facultades del Presidente respecto de las agencias sólo pueden alcanzar la dimensión ejecutiva de su función, pero no la reguladora (legislativa) ni la judicial[94].

Con este último fallo, al restringir la discrecionalidad de la facultad de remoción del Presidente, la Corte entregó un respaldo a la autonomía de las agencias[95].

En los 80 surgieron nuevas dudas, cuestionándose a la jurisprudencia citada por constituir a las agencias en una suerte de "cuarto poder sin cabeza". Las agencias superaron los ataques doctrinarios y judiciales, de la mano de tres sentencias donde se afirmó la constitucionalidad de las agencias: *Bowsher v. Synar* [96], *Morrison v. Olson* [97-98] y *Mistretta v. United States* [99-100]. En este último

[90] BREYER *et al.* (2002) pp. 89-90; CURRIE (2000) p. 44; MAGIDE (2000) p. 163; FROOMKIN (1987) p. 792.

[91] 295 U.S. 602 (1935)

[92] BREYER *et al.* (2002) pp. 90-92; CURRIE (2000) p. 44; MAGIDE (2000) p. 164; FROOMKIN (1987) pp. 793-796.

[93] Cabe hacer presente la crítica de Breyer *et al.* Para ellos, la Corte fue ingenua en este caso, porque no especificó el tipo de poderes del Presidente. BREYER *et al.* (2002) p. 96.

[94] Sin perjuicio de que el resultado del argumento ha sido aplaudido por parte de la doctrina, se critica que el mismo oscurece la (necesaria) distinción entre la función presidencial (reservada al Presidente) y la función ejecutiva (perteneciente a otras autoridades). Así, habría una identificación de la labor de las agencias con las funciones presidenciales, lo que no sería tolerable constitucionalmente. FROOMKIN (1987) pp. 793-794.

[95] Este argumento cobró fuerza con un caso posterior, *Wiener v. United States* -357 U.S. 349 (1958)- donde el Presidente había cesado a uno de los miembros de la *War Claims Commission*. La ley en cuestión no le establecía limitación alguna a la potestad del Presidente para remover y, sin embargo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del cese, debido a la naturaleza judicial de la comisión. MAGIDE (2000) pp. 165-166. Véase BREYER *et al.* (2002) pp. 93-94.

[96] 478 U.S. 714 (1986). Véase BREYER *et al.* (2002) pp. 107-109.

caso, la argumentación recayó en la separación de funciones no basada en una división tripartita, siendo los frenos y contrapesos el criterio relevante a considerar. En el caso particular, la agencia que se creaba, vinculada al Poder Judicial, rendía cuentas a los otros poderes del Estado.

Hoy, entonces, el Congreso puede establecer limitaciones al poder de remoción del Presidente. La existencia de un sistema de remoción limitado, basado en causas específicas, disminuye la discrecionalidad política del Presidente y entrega mayores garantías de libertad a los miembros de las agencias. Esta visión contrasta con los partidarios de la idea consistente en que el Poder Ejecutivo es uno sólo (y no puede dividirse), que parece estar presente en parte de la doctrina[101]. Esta idea se refuerza con los problemas prácticos que se derivan de la falta de coordinación entre las diferentes agencias y el Ejecutivo[102].

2.2.2. Acerca de si el Presidente puede o no enviar instrucciones a las agencias

La facultad de enviar instrucciones obligatorias a las agencias por parte del Presidente se asocia con la facultad para remover los miembros de agencias, ya que (de aceptar la existencia y legitimidad de dicha facultad) si las agencias no las obedecen, entonces sus autoridades podrán ser removidas. En este sentido, en el mismo concepto de agencias independientes se ha dicho que sus autoridades "no están sujetas a la dirección del Presidente"[103].

Se ha estimado que esta atribución de instrucción desnaturaliza el sentido de las agencias[104], afirmación que compartimos. El carácter independiente de ellas tiene su fundamento justamente en que no deben seguir las instrucciones de la autoridad política. "La Constitución permite al Congreso crear agencias ejecutivas con autonomía sustancial (...) La autonomía es la protección de la presión política del Presidente"[105].

Breyer *et al.* señalan que la creencia convencional es que el Presidente tiene poderes limitados de instrucción. Sin embargo, recuerdan, no existen deci-

[97] 487 U.S. 654 (1988)

[98] En este caso, sin embargo, la Corte modifica el criterio sostenido en *Humphrey y en Wiener*. Ya no será la existencia de poderes cuasi legislativos y cuasi judiciales los que salven a las agencias, sino el hecho de que éstas constituyen una limitación al Presidente que no le impide cuidar la fiel ejecución de las leyes y porque las funciones de las agencias no entorpecen indebidamente la autoridad del Ejecutivo.

[99] 488 U.S. 361 (1989). Véase BREYER *et al.* (2002) pp. 110-112.

[100] Sobre estos ataques, véase a MAGIDE (2000) pp. 166-172.

[101] MAGIDE (2000) pp. 175-176.

[102] BREYER *et al.* (2002) p. 87. Agregan los autores el efecto perverso de la fragmentación del Ejecutivo en numerosos subpoderes. BREYER *et al.* (2002) p. 88 y p. 95.

[103] FROOMKIN (1987) p. 788.

[104] En este sentido, se manifiesta MAGIDE (2000) p. 162.

[105] FROOMKIN (1987) p. 789.

siones judiciales lo suficientemente sólidas como para respaldar lo anterior[106]. Luego Breyer *et al.* sugieren que, desde una perspectiva práctica, el Presidente goza de varios mecanismos para influir y controlar las agencias, tales como sus atribuciones de nombramiento cuando se producen vacantes, la intervención del Departamento de Justicia en los procesos de las agencias, el control de los presupuestos, sus facultades relacionadas con los poderes normativos y con la organización del Gobierno[107].

Todos los elementos anteriores afectan la independencia de las agencias respecto del poder político, aunque no parecen ser suficientes como para sostener que las mismas carecen de autonomía.

2.3. Parámetros de control judicial de la acción de las agencias: *"hard look doctrine"*

Como ya hemos sostenido en un trabajo anterior[108], la revisión judicial en EE.UU. de las actuaciones de las agencias se centra en aspectos orientados al: *control del procedimiento* seguido por la agencia (no un control de mérito), donde se analiza el proceso que llevó a la agencia a tomar una determinada decisión; *control del expediente*, donde se analiza el conjunto de informes, documentos, audiencias, etc., que conforman el expediente administrativo; y, aplicación de la *doctrina del hard-look* (mirada dura), que implica que el juez analice el proceso analítico de la agencia conducente a la decisión final, esto es, por qué tomó una decisión y descartó otras[109].

2.4. Lecciones para el debate chileno

Los aspectos estudiados en materia de agencias reguladoras norteamericanas permiten extraer ciertas lecciones concretas:

En primer lugar, el debate de la no-delegación permite introducir elementos democráticos en el análisis nuestro. El enriquecimiento del debate con el principio de separación de funciones no puede desconocer la tensión que existe

[106] BREYER *et al.* (2002) p. 118.
[107] BREYER *et al.* (2002) pp. 119-120.
[108] Ver GARCÍA (2010)
[109] Como explica García de Enterría la doctrina del hard-look implica un test de dos pasos: "El primer paso le obliga a examinar la ley de cuya aplicación se trata; si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la ley es ambiguo, esto es, que en su texto no resulta inequívocamente una solución precisa para la cuestión planteada, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar deferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable". GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 191.

entre dicho principio y el sistema de frenos y contrapesos que se necesita. Ambos deben encontrar la manera de equilibrarse en el diseño institucional y, por consiguiente, ninguno puede ser demasiado absoluto. Lo anterior deja una lección bien muy concreta: se necesita flexibilidad. Además, la existencia de elementos propios del *accountability* para quienes establezcan y quienes ejecutan las regulaciones y políticas sectoriales fortalece el respeto por los derechos individuales de los regulados y promueve las instancias de participación y de revisión de las políticas respectivas.

En segundo lugar, y respecto de la relación entre el Presidente y las agencias, podemos entender que la declaración literal de la autonomía no es sinónimo de que ella sea efectiva. En efecto, una situación en que el Presidente de la República incide en los nombramientos y remociones sin contrapesos, en que él mismo puede realizar instrucciones obligatorias, en que pueda influir mediante el presupuesto, y otros elementos, son indicadores relevantes de que la agencia (o superintendencia, en nuestro caso) no goza de los adecuados niveles de autonomía.

Asimismo, la tesis de un Ejecutivo unitario centrado en el Presidente de la República resulta contradictoria con el modelo de autonomías reguladoras. Por eso, para aceptar la existencia de las agencias (o superintendencias), debe también flexibilizarse la división tripartita de los poderes del Estado o, a lo menos, realizar distinciones, como ocurre con la diferencia norteamericana entre Poder Presidencial y Poder Ejecutivo.

En tercer lugar, la experiencia norteamericana deja una lección muy importante en materia de revisión judicial. La existencia de un sistema de contrapesos exige la presencia de un Poder Judicial fuerte, que cuente con estándares de control objetivos, precisos y conocidos. Sin embargo, el fortalecimiento de las potestades judiciales de revisión debe considerar que la experiencia norteamericana sugiere una tendencia natural hacia la deferencia con el ente regulador.

III. De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile

Ya examinada la discusión en EE.UU., revisaremos brevemente las anomalías que se observan en el diseño de las superintendencias. En este análisis intentaremos demostrar que hay problemas insalvables, los que requieren de una propuesta que avance en su solución. Haremos el intento de explicar algunos lineamientos de reformas que nos parece atractivo estudiar.

3.1. Autonomía de las superintendencias y dudas de constitucionalidad

Resumiremos este análisis en dos grupos de problemas: en primer lugar, la (falsa) autonomía de las superintendencias respecto del poder político y, en segundo lugar, las dudas de constitucionalidad que nacen de las normas que las regulan.

3.1.1. El problema de la autonomía

A nuestro juicio, la crítica más importante que se ha formulado a las superintendencias es que, y sin perjuicio de lo que declaren formalmente las normas que las regulan, ellas tienen una escasa autonomía real.

Lo anterior se explica porque el jefe superior del servicio correspondiente (el Superintendente) es designado por el Ejecutivo. La existencia del mecanismo de Alta Dirección Pública para el procedimiento de designación de algunos de ellos no altera lo anterior, debido a que el mismo sólo asegura capacidad técnica, pero no independencia[110].

Debe recordarse que la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública[111] incorpora a la mayoría de las superintendencias[112], y exceptúa a tres: Bancos e Instituciones Financieras, Valores y Seguros y Seguridad Social (artículo 36 Ley 19.882).

Además, a pesar de que el sistema de Alta Dirección es, sin duda alguna, un gran avance desde la perspectiva de acotar la discrecionalidad del Presidente en las designaciones de altos ejecutivos de la Administración[113], sigue siendo crítico el que, al final del día, este conserve el poder de nombrar y remover

[110] Ver GARCÍA (2009) y LIBERTAD Y DESARROLLO (2009). Un autor sostiene que los jefes de servicio tienen una "dependencia funcional" con el Presidente de la República. EVANS (2002) p. 681.

[111] El sistema de Alta Dirección Pública contempla procesos abiertos y transparentes para designar autoridades administrativas de relevancia. Dependiendo del cargo a completar, el Consejo de Alta Dirección o un Comité de Selección, designado por éste, selecciona por concurso público a los postulantes. Luego, ellos son propuestos a la autoridad facultada para el nombramiento (Presidente de la República, en nuestro caso). El proceso contempla la participación de una empresa especializada en selección de personal, revisiones de antecedentes y entrevistas. El Consejo o el Comité, en su caso, elige a los candidatos más calificados y elabora una nómina, que es propuesta a la autoridad competente para el nombramiento definitivo. Como puede verse, este proceso mejora el carácter técnico de la selección, pero no elimina la decisión final de la autoridad política correspondiente.

[112] Ver por ejemplo, artículo 35 de la Ley 19.995 (Ley de Casinos, publicada en el Diario Oficial el 7 de enero de 2005) para el caso de la Superintendencia de Casinos de Juego; o artículo 6° de la Ley 19.937 (publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004), modificatoria del DL 2.763 (1979).

[113] En el fondo lo que genera el sistema de Alta Dirección Pública en este ámbito es mejorar la calificación de los funcionarios y profesionales afines al Gobierno de turno. La lógica del "cuoteo" sigue presente. Por lo demás, por estos días ha sido reconocido por los medios de comunicación tanto por el Ministro Secretario General de la Presidencia como el de Gobierno, respecto de los altos directivos de la Salud Pública. El impacto real y problemas del Sistema de Alta Dirección Pública puede verse en VALDÉS (2002).

en cualquier momento al jefe de dichos servicios, aprobarles el presupuesto a través de Hacienda y de los propios Ministerios sectoriales en los cuales se inscriben, con lo cual si bien se configuran como entidades de un perfil eminentemente técnico, no tienen ninguna garantía para realizar su función con plena autonomía o independencia del Gobierno y de los cálculos políticos que en muchas ocasiones mueven a éste[114].

El problema de la autonomía respecto del poder político es la diferencia más evidente entre las superintendencias y las agencias norteamericanas. En efecto, el hecho de que en nuestro sistema el Presidente de la República sea un fuerte Jefe de Estado, significa que, en general, todos los servicios públicos tienen alguna relación con él. Ello no está ausente en el caso de las superintendencias, ya que las mismas implican "organizaciones personalizadas (...) sobre las cuales el Presidente ejerce una estrecha supervigilancia y tiene los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la dirección de estas entidades"[115].

A la relación de las superintendencias con el Jefe de Estado se suma la ausencia de contrapesos a que se debieran sujetar las superintendencias[116-117]. En otras palabras, si no hay un sistema de frenos y contrapesos, y las mismas dependen (en la práctica y en su diseño institucional) del Ejecutivo, entonces los poderes de las superintendencias se robustecen. La inexistencia de tribunales especializados y la histórica postergación de los tribunales contencioso-administrativos son una muestra de lo anterior. Los recursos administrativos disponibles[118], el actuar de la Contraloría, el recurso de protección y la acción de nulidad de Derecho Público parecen ser mecanismos insuficientes de contrapeso.

Lo anterior resulta especialmente grave, ya que las superintendencias son instituciones enormemente poderosas, capaces de regular e interpretar, fiscalizar el cumplimiento de la regulación y sancionar las infracciones que detecten. A todo ello se suma el hecho de que los mercados dentro de los cuales actúan las superintendencias son especialmente complejos, y requieren de niveles importantes de especialización para poder entenderlos.

[114] CAMACHO (2005) p. 429.
[115] CAMACHO (2005) p. 429. Estas palabras se encuentran en un contexto comparativo, razón por la cual cobran especial importancia para nosotros.
[116] LIBERTAD Y DESARROLLO (2009). Cabe hacer presente que aun existiendo contrapesos, estos encontrarían el problema de que las normas emanadas de las Superintendencias tienen escasa publicidad. CAMACHO (2005) p. 432.
[117] Un contrapeso que la doctrina ha constatado es la atribución política de la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos de la Administración. CARMONA (1999) p. 8. Sin embargo, la escasa práctica de la misma sugiere que la herramienta política de fiscalización no es efectiva.
[118] Cabe hacer presente que una autora, de manera errada a nuestro juicio, ha promovido el carácter inimpugnable de las normas dictadas por las superintendencias. Fundamenta lo anterior en que las mismas no serían, en su opinión, actos administrativos coherentes con el concepto del art. 3° de la Ley N° 19.880. CAMACHO (2005) p. 432.

Es cierto que las agencias norteamericanas también tienen aspectos que las vuelven poderosas, pero, a diferencia de nuestras superintendencias, el poder de las agencias norteamericanas se enmarca en un esquema de mayor autonomía institucional y en un sistema de revisión judicial que fortalece el principio de frenos y contrapesos.

Otro contraste con las agencias dice relación con que el enorme poder de las superintendencias se agrava si se consideran las características de sus procedimientos decisorios. En efecto, cuando las superintendencias dictan una nueva regulación, lo realizan a través de mecanismos poco participativos y sin consultar a los sujetos regulados[119]. En contraste con lo anterior, la experiencia norteamericana conlleva una exigencia de participación en sus procedimientos, lo que entrega ciertos beneficios. Entre otros, se fortalece la legitimidad de la regulación y se enriquece la revisión judicial posterior a que puede someterse la norma resultante de dichos procedimientos. Lo anterior se logra vinculando los estándares de revisión con el expediente administrativo correspondiente.

3.1.2. Dudas de constitucionalidad

El poder normativo de las superintendencias arroja graves dudas de constitucionalidad, por diversas razones[120]:

En primer lugar, se ha sostenido que el mismo desconoce la reserva legal del art. 19 N° 21 de la CP, que exige que la actividad económica sólo pueda regularse mediante la ley[121]. Así, la regulación económica sólo le corresponde al Poder Legislativo, excluyendo la participación del órgano administrativo[122]. Para Evans, cuando la ley le entrega facultades normativas a las superintendencias, el legislador abandona la facultad de regular actividades económicas, "suponiendo con ello un elevado riesgo respecto a la certidumbre que los particulares requieren para el desempeño de sus actividades"[123].

[119] El poder normativo encuentra una "Ausencia de un procedimiento establecido (...) y de motivación suficiente que demuestre el ejercicio razonable y razonado de su poder normativo, que garantice que los intereses sociales (no sólo los regulados, sino los afectados, clientes, consumidores) han tenido la oportunidad de ser escuchados y sus opiniones valoradas y tomadas en cuenta previamente a la adopción del reglamento definitivo, sobre todo teniendo en cuenta que en determinados casos, estas normas pueden afectar derechos fundamentales garantizados por la Constitución". CAMACHO (2005) p. 431.

[120] Sin perjuicio de ello, debe recordarse que existen dudas de constitucionalidad en otros ámbitos vinculados a las superintendencias diferentes a la potestad normativa. Véanse, entre otros, a EVANS (2002); ARÓSTICA (2009); GARCÍA (2009); LIBERTAD Y DESARROLLO (2009); DÍAZ DE VALDÉS (2010).

[121] EVANS (2002) p. 680; LIBERTAD Y DESARROLLO (2009); GARCÍA (2009) pp. 341-346. Para una completa relativización de esta posición, que incorpora al concepto de *normas legales* algunas reglas de origen administrativo, véase CARMONA (1998) pp. 8-11.

[122] En palabras de Camacho, las normas dictadas por las Superintendencias "constituyen la traducción al máximo de la flexibilización del principio de legalidad en el ámbito de la regulación económica". CAMACHO (2005) p. 431.

[123] EVANS (2002) p. 674.

Yendo un poco más allá, Díaz de Valdés ha dicho que aun frente a una norma legal expresa, los poderes normativos de las superintendencias serían inconstitucionales, ya que "se trataría de una suerte de delegación del legislador de parte de sus potestades legislativas en las superintendencias, en circunstancias que aquellas facultades le son indisponibles por expresa voluntad del constituyente"[124]. Este argumento se parece bastante al que expusimos cuando revisamos las razones favorables a la doctrina de la no-delegación.

En segundo lugar, se ha sostenido que si el legislador no está autorizado a delegar facultades legislativas al Presidente de la República en materia de garantías constitucionales (art. 64 de la CP), entonces menos sustento constitucional tendrán las facultades normativas de las superintendencias[125]. Si el legislador delega en un órgano que no es el Presidente de la República, entonces infringiría la prohibición constitucional[126]. Y si el legislador nada dice, y una superintendencia entra a regular, entonces quebranta el principio de juridicidad de sus actuaciones.

En tercer lugar, el propio Evans ha dicho que las superintendencias dictan normas al explicar o interpretar las leyes correspondientes. Lo anterior implicaría, para este autor, un desconocimiento del art. 3° del Código Civil, que reserva al legislador la facultad de interpretar o explicar las leyes de un modo generalmente obligatorio[127]. No obstante, la naturaleza simplemente legal de esta disposición le quita fuerza a este argumento, ya que otra ley perfectamente puede disponer lo contrario, como de hecho sucede.

Sin perjuicio de ello, resultan atractivos los esfuerzos de uno de los autores citados por fundamentar la idea de que la interpretación administrativa, a diferencia de la interpretación legislativa y la judicial, tiene mayores problemas de seguridad jurídica[128]. Esto es muy similar al problema del imperio del derecho expuesto por Sunstein, que relatamos cuando estudiamos la discusión norteamericana.

En cuarto lugar, las facultades normativas de las superintendencias nos llevan al problema de los entes autónomos que no están considerados en la CP[129]. Este

[124] Véase DÍAZ DE VALDÉS (2010). Cabe hacer presente que este autor relativizaría su posición, como se verá más adelante.
[125] EVANS (2002) p. 674.
[126] ARÓSTICA (2006) p. 154.
[127] EVANS (2002) p. 682. Una posición similar, aunque no desarrollada particularmente para el caso de las superintendencias, puede verse en ARÓSTICA (2006) pp. 149-150.
[128] EVANS (2002) p. 683.
[129] El mismo Carmona intenta demostrar que las superintendencias son entes autónomos de origen legal. CARMONA (1998) p. 1. Para este autor, la existencia de potestades normativas debe cumplir con dos rasgos centrales: una disposición clara de la ley que defina explícitamente las materias, y no puede enervar la potestad reglamentaria del Presidente de la República. CARMONA (1998) p. 3.

problema consiste en que la CP no les entrega facultades normativas a estos órganos, como sí lo hace respecto de otros (por ejemplo, el Banco Central y la Corte Suprema). Como existe una potestad normativa muy amplia *tanto* en el ámbito del legislador como en el ámbito residual de la potestad autónoma del Presidente de la República, entonces la existencia de otras facultades reguladores afectaría y restringiría a estas últimas, en circunstancias que la CP ha guardado silencio.

Este argumento ha llevado a Aldunate a defender la idea de que dichas potestades normativas de origen legal (no constitucional) son inconstitucionales[130]. Lo anterior se refuerza si se considera que, y como ha dicho Díaz de Valdés, "en nuestro sistema la única norma capaz de producir fuentes formales del Derecho es la Constitución, y el texto de aquella no reconoce una potestad normativa autónoma de las superintendencias"[131].

Finalmente, haremos referencia a un problema muy difícil de zanjar, ya que las soluciones probables originan problemas. Una posición dice que de aceptarse la legitimidad constitucional de las facultades normativas de las superintendencias, consecuencialmente debería defenderse la idea de que las mismas son esencialmente reducidas[132]. Lo anterior se debe a que ellas tienen una doble subordinación normativa: la ley y la potestad reglamentaria del Presidente de la República[133].

Sin embargo, esta visión es poco práctica, ya que la misma reduciría el poder regulador a niveles ridículos. Si la ley es amplia por el art. 63 N° 20 de la CP, y la potestad reglamentaria del Presidente de la República es residual (art. 32 N° 8 de la CP), entonces no quedaría margen para la actividad reguladora de las superintendencias[134]. Como ha dicho Carmona, lo anterior se fortalece con las normas legales que disponen la facultad de las superintendencias de "solicitar al Ministerio con el que se relacionan, la dictación de ciertas normas que no pueden emitir directamente"[135].

[130] Cabe hacer presente que Aldunate no se refiere específicamente a las Superintendencias, sino que, en general, a todo órgano autónomo que tenga potestad normativa de origen legal. ALDUNATE (2009) p. 375.
[131] DÍAZ DE VALDÉS (2010). Sin perjuicio de ello, y como se verá, este autor no participa de la idea de que dicha potestad es inconstitucional.
[132] Esto es lo que hacen, aunque de manera diferente, DÍAZ DE VALDÉS (2010) y CARMONA (1998).
[133] Apoyado en dictámenes de la Contraloría General de la República, un autor ha defendido la idea de que las facultades normativas de las Superintendencias no pueden significar la creación de obligaciones ni la creación de facultades. Esta es una idea, a nuestro juicio, muy interesante. DÍAZ DE VALDÉS (2010).
[134] Carmona, al aceptar que las potestades normativas no pueden enervar la potestad reglamentaria del Presidente de la República, necesariamente compartiría esta posición. CARMONA (1998) p. 3.
[135] CARMONA (1999) p. 12.

La posición del párrafo anterior sólo podría ser refutada si se aceptara la idea de que la potestad normativa de las superintendencias ocupa ámbitos correspondientes a los poderes normativos del Presidente de la República. En este caso, y como ya adelantamos, se estaría diciendo que un poder de origen legal puede limitar facultades de origen constitucional sin autorización de la norma suprema. Lo anterior abre nuevas dudas de constitucionalidad[136].

Como puede verse, cualquiera de los dos caminos que se elija arroja problemas.

En síntesis, tanto el grupo de problemas derivados de la autonomía, como el grupo de dudas constitucionales referidas a las potestades normativas de las superintendencias (a ellas podrían sumarse otros grupos de problemas a los que no nos hemos referido, como ocurre con las supuestas facultades jurisdiccionales de las mismas), demuestran la necesaria formulación de propuestas de reforma.

3.2. Lineamientos de reforma

Debe recordarse que la amplia bibliografía y experiencia sobre las agencias reguladoras nos muestra las características que, idealmente, han de reunir instituciones de características similares: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad)[137]. Para cumplir lo anterior, es fundamental que sus miembros sean seleccionados sobre la base de su preparación y capacidad, y no en atención a sus relaciones con las fuerzas políticas y a la mayor o menor confianza que puedan suscitar en los partidos políticos. Al mismo tiempo, el número de sus miembros y organismos de dirección debe ser tal que permita la operatividad en las decisiones colegiadas[138].

Lo anterior, que parece de toda lógica en el modelo de agencias norteamericanas, no lo es en nuestro país, como ya hemos advertido.

Pensando en Chile, Galetovic y Sanhueza sostienen que si bien en principio el regulador debiera ser imparcial, en la práctica las decisiones regulatorias suelen tener consecuencias políticas:

---

[136] ALDUNATE (2009) p. 375.

[137] En efecto, el objetivo fundamental de estas comisiones es despolitizar y racionalizar el ejercicio de la regulación económica. Como sostiene ARIÑO (1999) pp. 592-93, en el nuevo modelo de regulación para la competencia es aún más importante la separación "regulador-Gobierno": existen actividades sometidas a tarificación, en coexistencia con actividades competitivas, es necesario un árbitro que solucione los conflictos entre los agentes, y es necesaria la supervisión del cumplimiento de las reglas del juego y su necesaria adaptación. Así, la labor reguladora puede ser muchas veces impopular, sobre todo en el ejercicio de la potestad tarifaria de las actividades no competitivas. Para ello se debe independizar el regulador de toda posible manipulación del poder político. Este puede fácilmente incurrir en la tentación de utilizar la potestad tarifaria para el logro de otros fines ajenos al sector específico, como sería la utilización de las tarifas como elemento deflactor de la economía en un momento dado".

[138] ARIÑO (1999) p. 593.

"Sería ingenuo creer que éstas no se consideran cuando la relación entre el regulador y el Ejecutivo es estrecha y por eso son necesarias salvaguardias adicionales para forzar a que los procesos regulatorios arrojen resultados imparciales y técnicos. La forma más directa de evitar que el Ejecutivo influencie al regulador es que la agencia sea independiente, tanto formal como presupuestariamente. La incidencia formal significa que el regulador cuenta con mandato propio y no está sujeto a control ministerial. El regulador es designado por un periodo predeterminado suficientemente prolongado y no puede ser removido sino bajo circunstancias calificadas. La independencia presupuestaria requiere que la agencia regulatoria cuente con presupuesto propio cuya generación sea independiente del Ejecutivo. No obstante, la independencia no garantiza que la regulación sea competente ni transparente. La selección del regulador debe ser fundamentalmente técnica, no política, y la persona seleccionada debe dar garantías de independencia"[139].

Sobre la base de lo anterior, proponemos introducir las siguientes modificaciones al diseño institucional de las superintendencias. Hemos agrupado dichos lineamientos en tres categorías: a) diseño institucional (3.2.1); b) estatus constitucional (3.2.2); y c) fortalecimiento de la revisión judicial (3.2.3).

3.2.1. Diseño institucional: autonomía política

En primer lugar, se propone promover la autonomía de las superintendencias respecto de la autoridad política y fortalecer su carácter técnico. En efecto, parece adecuado establecer un modelo de dirección en manos de un órgano superior colegiado, como ocurre con el Consejo del Banco Central[140].

Las propuestas en esta materia ya comienzan a surgir en nuestro país. Estas se han dado en torno al debate que ha planteado un ex Superintendente de Valores y Seguros sobre la creación de una Comisión de Valores y Seguros (CVS) –similar a la SEC norteamericana–, la que en principio tendría una autonomía real (tipo Banco Central), integración colegiada (consejo directivo) y un carácter estrictamente técnico.

[139] GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 116. Pensando en la importancia de la autonomía de la agencia regulatoria que es parte de un proceso de tarificación, Sánchez y Sanhueza sostienen que dicha autonomía facilita aislar al regulador de presiones políticas por parte de grupos de interés, en particular de otros sectores del gobierno que puedan tener interés en la determinación de las tarifas: "En muchos países ha existido una tendencia a hacer política social a través de las tarifas de los servicios de utilidad pública (...) La provisión de agua potable constituye un servicio básico que afecta el presupuesto familiar de todos los grupos sociales y de manera particular de aquellos grupos de menores ingresos. En este sentido, la provisión de servicios de agua potable a precios subsidiados puede transformarse en un instrumento de política distributiva. Es así que en el pasado existió un fuerte interés de los gobiernos por seguir políticas de tarificación del sector sanitario con criterios políticos más que económicos, lo que llevó a importantes distorsiones en la asignación de recursos en el sector". SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 168.

[140] Esto ha sido propuesto anteriormente por LIBERTAD Y DESARROLLO (2009).

Asimismo, parece necesario avanzar en el sistema de nombramiento de los superintendentes. Como hemos dicho anteriormente, la intervención de la Alta Dirección Pública es un avance insuficiente. Una solución posible, ya probada y que se aplica con buen éxito en otros ámbitos, es que el Presidente de la República requiera acuerdo del Senado para su nombramiento. Así, como sostiene Buchheister,

> "la política –siempre presente– estará sobre la mesa y no bajo ella. El Senado actúa crecientemente de manera pública y sometido al escrutinio de la ciudadanía, por lo que no podrá nombrar a cualquiera. Por lo demás, la experiencia mediante este mecanismo ha sido muy positiva; basta mirar el Banco Central. En países como Estados Unidos la designación de todo alto funcionario requiere de la aprobación del Senado"[141].

En un sentido similar se pronuncian Sánchez y Sanhueza pensando en el Superintendente de Servicios Sanitarios[142].

Esto último no sólo fortalece la autonomía institucional de las superintendencias, sino que además promueve un sistema de contrapesos de poder en la generación de los consejeros o directores.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado al problema de la autonomía de las superintendencias respecto del poder político, proponemos separar en órganos diversos la atribución de regular un sector de la economía y la facultad para ejecutar las políticas sectoriales definidas en la regulación. Ambas atribuciones deben recaer en autoridades diferentes e independientes entre sí. Lo anterior es fundamental para acotar los márgenes de discrecionalidad regulatoria.

Ello tiene un particular impacto respecto de las superintendencias que deben liderar el proceso de fijación tarifaria del sector. Un buen ejemplo es la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Un mal ejemplo es la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que depende directamente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Este último caso confunde los roles de regulación y de ejecución de la política sectorial, aumentando las posibilidades de que el proceso de fijación de tarifas se politice[143].

---

[141] BUCHHEISTER (2008).

[142] SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 178.

[143] Para Sánchez y Sanhueza, por su parte, cuando la acción regulatoria se lleva a cabo por medio de un órgano con dependencia del Ejecutivo, como puede ser una comisión al interior de una Secretaría de Estado, "no sólo se facilita la influencia del gobierno en las decisiones, sino que también se dificulta la evaluación de su desempeño en materias regulatorias propiamente tales. Por ejemplo, pudiera existir una comisión ministerial encargada de la fijación de tarifas para el sector regulado, pero al mismo tiempo encargarse del diseño de políticas de desarrollo del sector, lo que eventualmente generaría incentivos a fijar tarifas mayores con el objeto de permitir tasas de reinversión o modernización del sector más allá

Esta dualidad de objetivos también hace mucho más difícil evaluar el desempeño del regulador[144].

Finalmente, entre otras materias que deberían estudiarse, está la relacionada con la autonomía financiera de las superintendencias, cuestión que no abordamos en este trabajo, pero que, estimamos, resulta de especial trascendencia en cualquier diseño institucional que pretenda fortalecer la independencia de la autoridad respectiva.

3.2.2. Estatus constitucional

Buena parte de las discusiones constitucionales en torno a las características más relevantes del "modelo" Banco Central, tanto desde la perspectiva del constituyente de 1980[145], como de autores influyentes de la época[146] u otros comentaristas posteriores[147], resaltan la necesidad que se tuvo en la época de acorazar la autonomía y el carácter técnico de la institución a través de su elevación como órgano de rango constitucional.

Si bien el debate está pensado desde la perspectiva de potenciar una política monetaria saludable, a cargo de técnicos y evitando las tentaciones –sufridas en el pasado– de que el Gobierno pudiera ser "financiado" desde dicho órgano, todo ello se enmarcó en un diseño institucional que garantizara dichos objetivos a través de garantías "estructurales". De nada habrían servido declaraciones líricas en torno a la autonomía y el carácter técnico si no se hubiera establecido en la Constitución y su ley orgánica respectiva la dirección de dicho órgano a cargo de un Consejo; un mecanismo de designación que obliga al Presidente de la República a negociar con el Senado; una duración en el cargo de los Consejeros por un período extenso que rompe los ciclos electorales[148]; un nivel de remuneraciones acorde a la importancia del órgano; el esquema de control sobre los Consejeros (acusaciones y causales de destitución); exclusión institucional de la denominada "Administración Pública" (centralizada y des-

de lo socialmente conveniente. Por el contrario, la existencia de una agencia regulatoria independiente y autónoma facilita la asignación de responsabilidades específicas y el proceso de control de gestión y medición de su desempeño. Un aspecto adicional que surge cuando el organismo regulador tiene dependencia administrativa del Ejecutivo a través de un Ministerio por ejemplo, es que su responsabilidad pasa a ser política más que técnica por lo que los criterios para la determinación de las tarifas pueden no ser motivados exclusivamente por criterios de eficiencia". SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 169.

[144] GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 125.

[145] Ver sesiones de la CENC N°s 384, 388, 389, 393, 399, 400 y 409; como asimismo del Consejo de Estado, sesiones N°s 91 y 95.

[146] Ver por ejemplo GUERRERO (1979).

[147] Ver por ejemplo YRARRÁZAVAL (1987) o CEA (2000).

[148] Un número de años alto e inamovilidad (salvo por causa de responsabilidad, por supuesto), es una buena medida para promover la autonomía de la autoridad.

centralizada), quedando al margen de las funciones encargadas al Presidente y al Gobierno; entre otros.

Y es que la centralidad del Banco Central en el nuevo Orden Público Económico o Constitución Económica en un sentido moderno[149] ameritaba la rearticulación radical de su estatus al interior de nuestro sistema jurídico. La nueva mentalidad económica post Constitución de 1980 busca reforzar el que las regulaciones económicas –y los órganos de las cuales emanen– ajusten su accionar y estén al servicio de las garantías constitucionales económicas de los individuos y no lo contrario, esto es, que el orden público económico se constituya en fundamento que entregue "carta blanca" al regulador para establecer las más diversas normas en los más diversos mercados.

Dado lo anterior, y asumiendo que el accionar de las superintendencias tiene en la práctica un poder mayor de lesionar los derechos y libertades económicas –no por la magnitud, dado que una mala decisión del Banco Central tiene efectos sobre toda la población, sino por la cotidianeidad del accionar de la superintendencia–, es que lo que se ha predicado respecto del Banco Central tiene igual o mayor sentido al momento de hablar de las superintendencias.

Por ello, no es descabellado pensar que se debiera establecer un capítulo especial en la Constitución estableciendo una tipología de superintendencia, la que posteriormente podría permitir al legislador orgánico adecuarla a las diversas realidades y marcos regulatorios específicos sectoriales. Pero existiría un modelo general que compartiría, en el grueso, las mismas garantías estructurales que las establecidas respecto del Banco Central.

Más aún, y también pensando en el modelo del Banco Central, parte de un nuevo diseño implica otorgarle cierta autonomía normativa (i.e., dictación de normas de carácter general y obligatorio). Si de facto la ostenta, como hemos sostenido y criticado en este trabajo, lo hace de una manera del todo irregular, de una forma no tolerada por la Carta Fundamental.

Pensar en la consagración constitucional de una potestad reglamentaria especial no tan sólo es coherente con el respeto a diversos principios constitucionales tales como la separación de funciones o el de reserva legal, si no que, bien diseñado, ayuda a materializar el adecuado balance técnico-constitucional al que hicimos referencia en la introducción de este trabajo. En efecto, una autonomía normativa bien entendida permite tanto respetar la supremacía constitucional y el sentido más profundo del *accountability* y pedigrí democrático al que se deben sujetar las regulaciones económicas, como permitir un actuar eficaz y eficiente por parte de las agencias administrativas.

[149] Ver este debate en GARCÍA (2010).

Para algunos, los lineamientos anteriores pudieran parecer radicales, y como todo proceso de reforma constitucional, implica altos cosos de transacción políticos que hacen inviable un proyecto de esta naturaleza.

Dado lo anterior, una propuesta alternativa consiste en estudiar una reforma constitucional que autorice expresamente al legislador a establecer el ejercicio de facultades normativas para ciertas actividades económicas, con el objeto de salvar los problemas de reserva legal en la materia. Sin embargo, debe cuidarse que una propuesta como esta no se convierta en un "cheque en blanco".

Así, creemos que esta reforma autorizaría al legislador a delegar sus facultades normativas con la condición de que lo realice de manera siempre expresa, considerando ciertas características y limitaciones que deberán observarse, tales como las siguientes: la regulación es para actividades específicas y determinadas; la restricción al ejercicio de derechos debe cumplir, en la ley, con estándares de determinación y especificidad, y estará vedado a la institución delegada regular lo anterior; la delegación exige fortalecer las facultades de revisión judicial con estándares especializados, claros y precisos, cumpliendo con ciertas reglas comunes; la delegación debe recaer en órganos (superintendencias) que cumplan ciertos estándares de autonomía, *accountability*, contrapesos, procedimientos transparentes y participativos, entre otros.

El estudio de propuestas como estas, creemos, permitiría salvar las dudas existentes en cuanto a la legitimidad constitucional de los poderes normativos de las superintendencias y, al mismo tiempo, delimitar el eventual exceso de poder de los reguladores garantizando adecuadamente las defensas de los regulados.

3.2.3. Fortalecer la revisión judicial

Se propone un fortalecimiento del control judicial de sus decisiones, lo que implica la construcción de estándares sofisticados de revisión. Con lo anterior, se establece un sistema de contrapesos al enorme poder que tiene una institución que regula, fiscaliza, y sanciona. Es fundamental contar con una revisión judicial que se base en estándares claros, precisos y conocidos[150].

La tensión en esta materia ha sido percibida con claridad en el debate reciente en torno a la creación del Ministerio del Medio Ambiente y la superintendencia respectiva. El potencial desequilibrio entre las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa versus la garantía de los derechos individuales, llevó al Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental[151].

[150] Esta materia ya la tratamos en GARCÍA (2010).
[151] Ver Boletín N° 6747-12, proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, ingresado al Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2009.

En el mensaje de dicho proyecto se justificó la relevancia de la revisión judicial sobre la base de dicha tensión[152]. El proyecto consagra estándares de revisión judicial sobre los actos administrativos ambientales, para ser considerados por los jueces al momento de resolver sus asuntos.

Nótese que, adicionalmente, el reconocimiento legislativo de la necesidad de fortalecer el control judicial de la regulación administrativa ambiental a través de un tribunal ad hoc echa por tierra las pretensiones de algunos autores de permitir que las superintendencias tuvieran potestades de carácter jurisdiccional[153].

IV. Conclusiones

1. El debate relativo a las agencias reguladoras independientes es muy ilustrativo para nosotros. En efecto, la introducción de argumentos derivados del constitucionalismo permite iluminar el debate nacional con aspectos muy relevantes, como el *accountability*. Hay muchas lecciones que se pueden sacar de la experiencia norteamericana, relacionadas con la revisión judicial y los aspectos elementales de la autonomía institucional, entre otros.

2. En el caso chileno, las superintendencias han sido fuertemente criticadas por adolecer de anomalías relacionadas con su diseño, como ocurre con la ausencia de autonomía real, y con aquellas vinculadas con su constitucionalidad, como el problema del desconocimiento de la reserva legal.

3. El debate nacional puede robustecerse si incorpora los elementos derivados de la experiencia norteamericana. Asimismo, no puede desconocerse que hay experiencias nacionales exitosas en diseños institucionales similares, como ocurre con el modelo del Banco Central y con el proyecto de ley que crea los tribunales ambientales.

4. De todas las consideraciones realizadas en este trabajo, se ha intentado hacer un esfuerzo por proponer, a modo de propuesta inicial y con el objeto de ponerlas sobre la mesa, ciertas reformas institucionales que, creemos, podrían colaborar con la solución de los problemas derivados de las anomalías que detectamos. Ellas se basan, en lo sustancial, en una ineludible reforma constitucional que considere una autoridad regulatoria que cumpla con estándares similares a los del Banco Central. También, y de manera alternativa, se propone revisar el sistema de competencias regulatorias para permitir de manera acotada y respetuosa con la Constitución el accionar administrativo. Todo lo

[152] Ver Boletín N° 6747-12, p. 8.
[153] Ver por ejemplo el debate entre los profesores Arturo Fermandois y Luis Cordero analizado en GARCÍA (2009). Ver también DÍAZ DE VALDÉS (2010).

anterior exige la presencia de un sistema de frenos y contrapesos adecuado, comenzando con una revisión judicial eficaz de las normas que se dicten

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce (1984): "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 93: pp. 1013-1069.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2009): "La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, auto acordados y facultades del Fiscal Nacional", *Revista de Derecho* (U. Católica de Valparaíso), vol. 33: pp. 371-390.

ARANSON, Peter H.; GELLHORN, Ernest, y ROBINSON, Glen O. (1982): "A Theory of Legislative Delegation", *Cornell Law Review*, vol. 68: pp. 1-56.

ARIÑO, Gaspar (1999): *Principios de Derecho Público Económico* (Granada, Editorial Comares) 601 pp.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2006): "Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa", *Actualidad Jurídica*, N° 14: pp. 149-160.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2009): "Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros", *Actualidad Jurídica*, N° 20: pp. 569-575.

BICKEL, Alexander (1986): *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics* (2ª edición, New Haven, Yale University Press) 306 pp.

BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R., y SPITZER, Matthew L. (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases* (2ª edición, Nueva York, Aspen) 1224 pp.

CAMACHO CEPEDA, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias", *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* 25-27 de noviembre de 2004 (LexisNexis): pp. 423-432.

CEA EGAÑA, José Luis (2000): "Autonomía del Banco Central", *Revista de Derecho Público*, vol. 62: pp. 66-79.

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, t. II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 733 pp.

COMELLA DORDA, Rosa (1997): *Límites del Poder Reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos* (Cedecs).

CURRIE, David P. (2000): *The Constitution of the United States: a primer for the people* (Chicago, The University of Chicago Press) 165 pp.

DÍAZ DE VALDÉS J., José Manuel (2010): "Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un diagnóstico", *Centro de Estudios Constitucionales*, N° 10: en prensa.

ELY, John Hart (1997): *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional* (Traducc. Magdalena HOLGUÍN, Bogotá, Siglo del Hombre) 290 pp.

EPSTEIN, Richard (1989): "El interés propio y la Constitución", *Centro de Estudios Públicos*, N° 35: pp. 5-13.

EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2002): "Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y fiscalización del Estado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 N° 3: pp.673-683.

EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2006): "Control de constitucionalidad de la normatividad regulatoria de las actividades económicas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 16: pp. 111-128.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1990): "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", *Gaceta Jurídica*, N° 123, pp. 7-12.

FROOMKIN, Michael (1987): "In defense of Administrative Agency Autonomy", *The Yale Law Jounal*, Vol. 96, pp. 787-814.

GALETOVIC, Alexander, y SANHUEZA, Ricardo (2002): *Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?* [04 de diciembre 2008] Disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_3029_529/rev85_galetovic.pdf.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995): *Jueces y Control de la Administración* (Editorial Civitas).

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2010): "Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile", *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo), vol. 21: pp. 255-315.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de Superintendencias: Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio", Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo), vol. 19 Tomo I: pp. 327-372.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y SOTO VELASCO, Sebastián (2009): "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés", Ius et Praxis (U. de Talca), vol. 15, N° 2: pp. 353-372.

GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1979): "La Constitución Económica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, N° 1-4: pp. 79-94.

HALL, Kermit L. (1992): *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States* (Oxford, Oxford University Press) 1032 pp.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James, y JAY, John (2001): *El Federalista* (Traducc. Gustavo R. VELASCO, México D.F., Fondo de Cultura Económica) 430 pp.

LOCKE, John (2002): *Segundo Tratado del Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (Traducc. Carlos MELLIZO, Madrid, Alianza Editorial) 238 pp.

MAGIDE HERRERO, Mariano (2000): *Límites constitucionales de las administraciones independientes* (Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas) 561 pp.

MASHAW, Jerry L. (1997): *Greed, Chaos, & Governance. Using public choice to improve public law* (New Haven, Yale University Press) 231 pp.

MCNOLLGAST (1999): "The Political Origins of the Administrative Procedure Act", *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15 N° 1: pp. 81-100.

MOE, Terry M., y HOWELL, William G. (1999): "The Presidential Power of Unilateral Action", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 15 N° 1, pp: 132-179.

POSNER, Eric A., y VERMEULE, Adrian (2002): "Interring the Nondelegation Doctrine", *The University of Chicago Law Review*, vol. 69: pp. 1721-1762.

SÁNCHEZ, José Miguel, y SANHUEZA, Ricardo (2000): *Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno*, [04 de diciembre de 2008] Disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_1511_833/rev77_sanchez_sanhu.pdf

SCHOENBROD, David (1999): "Delegation and Democracy: A reply to my critics", *Cardozo Law Review*, vol. 20: pp. 731-766.

SCHOENBROD, David (2003): "Politics and the principle that elected legislators should make the laws", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26: pp. 239-280.

SUNSTEIN, Cass R. (1999): "Nondelegation canons", *John M. Olin Law and Economics Working*, paper N° 82. Disponible en: http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html [fecha de consulta: 19 de octubre de 2009].

WALD, Patricia (1984): "Judicial Review of Economic Analyses", *Yale Journal on Regulation*, vol. 1: pp. 43-62.

YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo (1987): "Principios económicos de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14: pp. 97-112.

OTROS

BLACK'S LAW DICTIONARY (2001): (Minnesota, West Group) 796 pp.

BUCCHEISTER, Axel (2008): Nueva Comisión de Valores y Seguros [04 de diciembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.com/blog/abuchheister/entry/nueva_comisi%C3%B3n_de_valores_y_seguros.

CARMONA SANTANDER, Carlos (1998): *La potestad normativa de los entes autónomos* (apuntes de clase): 14 pp.

CARMONA SANTANDER, Carlos (1999): *Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho* (apuntes de clase): 47 pp.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2009): "Superintendencias en Tiempos de Cambio", *Temas Públicos*. Disponible en: http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch3757/deploy/tp948redisenodesuper.pdf [fecha de consulta: 28 de enero de 2010]

LIBERTAD Y DESARROLLO (2003): "Las Nuevas SUPER Intendencias", Temas Públicos. Disponible en: http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/tp-637-las%20nuevas%20super%20intendencias-01-08-2003.pdf [fecha de consulta: 17 de marzo de 2010]

Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino

Alberto Álamos Valenzuela
Licenciado en Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: La entrada en vigencia de la Ley 20.179 supone una alternativa financiera para las pymes frente a las condiciones ofrecidas por el segmento bancario. No obstante, dicha *adicionalidad* no ha sido una realidad acorde a los objetivos trazados, subsistiendo un escenario adverso para éstas al momento de requerir los recursos para el desarrollo de sus actividades. En este contexto, se analizan los principales mecanismos del modelo de garantías argentino, cuya implementación ha sido exitosa y bien pudiera replicarse en nuestro país. En particular, los alicientes impositivos, unido a herramientas propias del mercado de capitales local, han permitido la incorporación de las pymes a éste. Ello representa un desafío para el gobierno de Chile, pues las iniciativas impulsadas han sido ineficaces para dicho propósito. Sin duda, son éstas la piedra angular para el incremento en la productividad y generación de empleo.

* * *

Con la entrada en vigencia de la Ley 20.179, el año 2007, se pretendía erradicar la principal cortapisa para el desarrollo de las pymes, cual es su acceso al mercado del crédito en condiciones más favorables a sus necesidades productivas. Hasta ahora, han sido los bancos (y en algún momento también lo fueron las llamadas "instituciones financieras") los proveedores exclusivos de recursos a las mismas, en términos contractuales que, definitivamente, resultan bastante gravosos. Prueba de ello son las altas tasas de interés exigidas y una serie de garantías que deben constituir para la obtención de los mismos.

En este escenario, la discusión legislativa del mencionado cuerpo legal se centró en la creación de una nueva figura societaria, cual es la sociedad de garantía recíproca. En términos simples, ésta respalda los préstamos que las pymes puedan obtener en el mercado financiero, de forma tal que si no cumplen

oportunamente con su pago, el oferente podrá hacer efectivo el crédito en el patrimonio de la sociedad de garantía.

En la órbita comparada, su implementación exhibe interesantes resultados. Ejemplos de ello se encuentran tanto en países europeos (Alemania, España) como latinoamericanos (Argentina especialmente). Lo relevante, en este sentido, es la consecución de la denominada **"adicionalidad"** que esta figura puede prestar para las pequeñas y medianas empresas. En otras palabras, posibilitar la existencia de alternativas complementarias de apoyo financiero para el sector.

En el presente trabajo, nos interesa referir en particular los aspectos claves del modelo de garantías argentino, cuya articulación bien pudiera replicarse en un mercado como el nuestro. Por cierto, en el curso de la discusión legislativa se alude reiteradamente a las bondades del mismo. Inexplicablemente, los mecanismos esenciales de éste (incentivos fiscales, instrumentos financieros) no fueron recogidos por el legislador chileno, no obstante lo evidente que resulta, en general, la implementación de éstos para el impulso de un nuevo sector. No sorprenden, entonces, las conclusiones que exhibe un minucioso estudio del Banco Interamericano de Dersarrollo (BID) sobre los distintos sistemas de garantía en la región. En él se destaca al modelo argentino como uno de los más robustos y con mayores proyecciones de crecimiento en el futuro, a partir de *incentivos fiscales y la notoria participación de entidades privadas en el sistema*[1].

Sobre el particular, la Ley 24.467 y sus modificaciones establecen el marco regulador de las sociedades de garantía en Argentina. A diferencia de la ley chilena, se distingue allí entre socios **"protectores"**(aportantes del capital) y socios **"beneficiarios"**, que se identifican con las pymes. Lo relevante de ello reside, a mi juicio, en facilitar a estas últimas los recursos necesarios para dar impulso a su actividad. Por el contrario, en nuestro país las SGR deben constituirse con un patrimonio inicial de 10.000 UF, al que deben contribuir las propias pymes en su calidad de socios. Visto así, resulta un despropósito, considerando las dificultades financieras que exhiben. Asimismo, concordamos con la opinión de algunos parlamentarios, en cuanto ello pudiera ser factible sólo para los emprendedores de las grandes ciudades (Santiago, Valparaíso, Concepción, quizás alguna otra)[2]. Si bien teóricamente no hay, en principio, una discriminación arbitraria, en términos prácticos sí la hay, pues no será de seguro posible para pequeños empresarios (rurales, por ej.) llevar a cabo su proyecto de negocios, quedando como siempre sujeto a los préstamos bancarios no deseados.

[1] Panorama de los Sistemas de Garantía en Latinoamérica: Orientaciones Operativas, documento del BID, varios autores, año 2006, Resumen Ejecutivo, p. X.
[2] Actas de discusión legislativa de la ley 20.179, p. 136.

Con respecto a los mencionados incentivos fiscales, los artículos 79 y siguientes establecen exenciones totales para las ganancias de capital de las SGR, cumpliendo con ciertos requisitos que, dicho sea, no dificultan su operatividad. Hay en ello, lamentablemente, una diferencia capital con los incentivos que suelen establecerse en Chile. Por ejemplo, la Ley 20.241 consigna un crédito del 35% deducible al impuesto a la renta de las empresas que destinen recursos a actividades de innovación. Es innegable la conveniencia de iniciativas de esa índole, considerando la escasa vinculación del empresariado con actividades de "I +D". No obstante, la vigencia del beneficio será por un plazo de 10 años. Entonces, son dos las posibles lecturas a medidas de esa índole. La primera, el proceso de innovación tiene una vida efímera, pues se agotará al cabo de dicho plazo. La segunda, que sin duda nos parece más lógica, es la falta de un compromiso real con iniciativas que precisan de incentivos claros para su penetración eficaz en el mercado. Es aquí donde una política tributaria más agresiva presta gran utilidad. Así lo demuestra Argentina, donde actualmente un porcentaje superior al 90% de las sociedades de garantía provienen de capitales privados, cuestión difícil de imaginar en Chile. Es de notar que gobiernos de corte socialista se resisten a emplear los ingresos derivados de los tributos más a que su destino "fiscal", vale decir, para financiar el gasto público. No se considera, en mi criterio, que una menor recaudación "a priori" puede ser compensada y, quizás, traspasada en el mediano y largo plazo, mediante la renta que se genera de las actividades promovidas.

Lo que decimos cobra relevancia teniendo presente que, tal como lo expresa fundadamente el reseñado diagnóstico del BID, la viabilidad de los distintos sistemas de garantía en el tiempo está ligada a la participación notoria de agentes privados. Ello no implica desconocer el papel que desempeñan los aportes estatales en determinados momentos (caso de períodos recesivos o contracíclicos de la economía).

Si bien lo señalado nos parece impecable, la tendencia de los países en la región denota un predominio de recursos públicos en el funcionamiento de los distintos modelos, siendo Colombia y Brasil buenos ejemplos de ello. En el caso chileno, resulta difícil pronosticar si nos adscribiremos o no a tal escenario, atendida la escasa vigencia de la Ley 20.179. Sí es plausible el buen funcionamiento que exhibe el FOGAPE (Fondo de Garantías para pequeños empresarios), dependiente del Banco Estado, cuyo nivel de "**siniestralidad**" (entendido comúnmente como la relación existente entre los créditos respaldados y aquellos impagos o fallidos) ha sido destacado por el propio BID. Lo que sí resulta criticable es el anuncio a nivel de gobierno de la inyección de mayores recursos al fondo en comento, en desmedro de la adopción de medidas más sustantivas como las antes expuestas. Coherente con nuestro pensamiento, ello ciertamente no gravitará en el impulso del sistema, pues si bien está llamado a proporcionar recursos, no responde al objetivo básico de atraer inversiones al sector.

Retornando al sistema argentino, es útil revisar los instrumentos instituidos por la BCBA (Bolsa de Comercio de Buenos Aires) para el desarrollo de las pymes. Antes de detallar su funcionamiento, cabe recalcar que, desde la creación del departamento PYME el año 2002 (propósito de asesorar a éstas sin costo), el volumen total de operaciones totalizaba hacia finales del 2007 450 millones de dólares, habiéndose incorporado 2.200 empresas al sector[3]. Dichas cifras, por cierto, van alineadas con un panorama de estabilidad macroeconómica.

El primer instrumento a mencionar son los "**cheques de pago diferido**", que emiten las pymes en el mercado de capitales, previa autorización del organismo regulador (en este caso, la aludida BCBA). Bajos costos de ingreso asociados, reducida carga administrativa y liberación de líneas de crédito bancarias son los beneficios fundamentales[4] de este tipo de negociación. Si se atiende a las ideas matrices de la Ley 20.179, se verá que uno de ellos está representado por la simplificación en los trámites administrativos asociados a la contratación de créditos para las pymes[5]. De ahí que la introducción de mecanismos como éste es del todo coherente con los objetivos del legislador, aun cuando no es menos cierto el escepticismo que seguramente generaría para el público inversor en el mercado. Dicha credibilidad, hasta ahora inexistente, bien podría cimentarse, insistimos, a partir de alicientes impositivos que hagan atractivo imprimir recursos a este tipo de entidades.

Un segundo instrumento es el llamado "**fideicomiso financiero**". Consiste en que las pymes, ya sea individual o conjuntamente, pueden obtener fondos, separando determinados activos (sean reales o financieros) y cediéndolos a un administrador en propiedad fiduciaria, encargándose de emitir éstos en el mercado de valores, dándoles liquidez. La utilidad del mismo es notoria, si se piensa que el año 2006, 700 pequeñas y medianas empresas obtuvieron apoyo financiero por ésta vía, con montos cercanos a los 106 millones de dólares[6]. Pensamos que el rol de administrador fiduciario pudieran cumplirlo los organismos públicos facultados por nuestra legislación para aportar recursos. Tal es el caso de FOGAPE, INDAP. Es factible que el primero, en su calidad de dependiente del Banco Estado, pudiese cumplir dicha función. De fructificar iniciativas como la que proponemos, seguramente se expandiría el mercado a una serie de instituciones financieras especializadas, principalmente las corredoras de bolsa.

[3] Arrau, Patricio, y Pimentel, Ricardo, "Propuestas para el Desarrollo del Mercado de Capitales III", documento de Consultora Gerens, octubre de 2007, p. 25.
[4] Ob. cit., p. 24.
[5] Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley, pp. 5 y 6.
[6] Arrau, Patricio, y Pimentel, Ricardo, "Propuestas para el Desarrollo de Mercado de Capitales III", documento de Consultora Gerens, octubre de 2007, p. 24.

De esa manera, se articula un sistema bastante más funcional que el actual, pues se deja la misión de destinar recursos a capitalistas privados, ya sea que se incorporen a la sociedad o bien a través de alguna de las herramientas antes explicadas. Ello también le da liquidez a las garantías, facilitando el cobro de la deuda a los acreedores.

Por último, están las "**obligaciones negociables**", que son bonos privados representativos de valores de deuda de la sociedad que los emite. Lógicamente ésta es una pyme, siendo la relación entre dicha sociedad y el inversor no diferente a la de un préstamo tradicional. Normalmente, estos valores pueden adquirirse en el mercado bursátil, no obstante poder contactarse a inversionistas particulares de un sector específico. La utilidad que prestan es manifiesta, si se considera que permite obtener créditos a tasas más bajas que las asociadas a aquellos bancarios, reduciendo los costos de contratación. Dichas facilidades están en sintonía con las ideas fundamentales de nuestra legislación, razón por la que pensamos que inevitables modificaciones a la normativa pudiesen considerar instrumentos como los reseñados.

No obstante, es innegable que estos bonos muy probablemente serán mirados con recelo por el público inversor, atendido el factor de riesgo que involucra el financiamiento a las pymes (a diferencia de títulos de deuda que emiten grandes empresas). De ahí nuestras recomendaciones en orden a entregar alicientes, principalmente impositivos, para canalizar recursos a estos instrumentos. Lo que decimos explica también, a juicio nuestro, el pobre desarrollo que en un ámbito similar ha tenido la industria del Capital de Riesgo, tras los fallidos proyectos MK1 Y MK2[7].

Otro país de la región que interesa comentar es Brasil, mercado siempre relevante en el contexto latinoamericano para la inversión. Dicho país ha utilizado la "securitización" de activos para vincular a las pymes con el mercado de capitales. Con dicho propósito, se instituyeron los Fondos de Inversiones en derechos crediticios, para adquirir cuentas por cobrar emitidas por entidades que otorgan financiamiento a las pymes. Esta iniciativa ha sido también respaldada por organismos multilaterales para préstamos de largo plazo (por ej, BID), facilitando a éstas contar con una fuente alternativa de capital de trabajo. Dichas operaciones se pueden realizar tanto en el mercado bursátil tradicional como vía electrónica, en la Bolsa de Valores de Sao Paulo (BOVESPA).

En España, al igual que en Brasil, se ha utilizado la securitización, creándose los Fondos de Titulación PYME. Mediante ellos, el Estado avala una parte de los

[7] Cortés, Patricio, y Echecopar, Germán, "Capital de Riesgo Chile 2008", documento de la Global Entrepreneurship, Ediciones Universidad del Desarrollo, octubre de 2008, Capítulo 3, p. 25.

bonos emitidos por dichos fondos, que deben encontrarse acreditados. Ellos agrupan en su cartera de activos préstamos concedidos a empresas no financieras, de las cuales un 50% deben ser pymes, para optar al aval estatal comentado.

Los resultados han sido satisfactorios, si consideramos que entre los años 2000 y 2005 se realizaron operaciones cercanas a 16 mil millones de la moneda española[8].

En definitiva, las propuestas explicadas apuntan, ciertamente, a estimular la emisión de instrumentos varios que faciliten a las pymes su acceso al crédito. Indudablemente, son éstas el eje de innovación empresarial, razón por sí sola que justifica la adopción de medidas más eficaces que las hasta ahora implementadas. En este sentido, coincido plenamente con el informe de la Consultora Gerens, en cuanto a facultar a organismos bursátiles locales (tanto transacciones tradicionales como electrónicas) para emitir los referidos instrumentos para las pymes, que puedan ser adquiridos por potenciales inversores, que califiquen, al igual que en Argentina, acorde a un estatuto especial de Inversionista Calificado para empresas de alto riesgo, bajo un esquema de autorregulación[9]. Es bueno precisar la conveniencia de no exigir a éstas la apertura en bolsa, sino restringir la adquisición de títulos emitidos por éstas a ciertos inversores, en función del riesgo y condiciones particulares que envuelve el crédito para las pymes.

Lo señalado no es, como más de alguien dirá, un trato discriminatorio para favorecer a un nicho particular de inversionistas. Muy por el contrario, se trata de incentivar la captación de recursos para un conjunto de entidades, cuyo adecuado tratamiento no puede, bajo ningún respecto, asimilarse a los grandes grupos económicos.

Para finalizar, nos parece útil reiterar algunas consideraciones, expuestas al menos tangencialmente. Urge realizar con prontitud adecuaciones al mercado de capitales en general, a fin de aumentar su profundidad. Tal es, por lo demás, el predicamento común a las reformas que se han llevado a cabo, sin los resultados esperados, explicable en buena parte por las restricciones impuestas a los mecanismos implementados. Somos particularmente críticos con los incentivos fiscales, pues la bonanza derivada del alto precio del cobre de hace unos años permitió obtener los recursos suficientes para el financiamiento de los programas sociales. No obstante, es frecuente escuchar que el éxito de éstos exige mantener y, en lo posible, aumentar la carga impositiva (particularmente las empresas) dificultando una planificación más asertiva de la política tributaria a otros objetivos, que también pueden significar en niveles

[8] Arrau, Patricio, y Pimentel, Ricardo, "Propuestas para el Desarrollo del Mercado de Capitales III", documento de Consultora Gerens, octubre de 2007, p. 25.
[9] Ob cit., p. 26.

de recaudación importantes. Con esto último se alude a las llamadas finalidades "extrafiscales" de los tributos, una de las cuales responde precisamente al incentivo (o el desincentivo) de ciertos rubros o sectores de la producción. Aquí es donde se encuadra el nuevo modelo societario que se trata de implementar.

Asimismo, los instrumentos explicados a partir de la legislación argentina han permitido vincular a las pymes con el mercado financiero. Ha sido posible para éstas contar con fuentes alternativas de financiamiento a los tradicionales préstamos bancarios. Dicha realidad es, ciertamente, la que se pretendió modificar con la dictación de la Ley 20.179. No obstante, una serie de falencias (cuya amplitud merece un trabajo aparte) del texto legal han impedido replicar el sistema de garantías argentino, persistiendo las dificultades para las pymes chilenas. En este sentido, estimo que una forma adecuada para sopesar la eficacia de las SGR (vigentes desde el 2007) está dada por la adicionalidad que debiesen generar en el mercado crediticio. Hasta ahora, ella no se percibe en términos deseables, razón que justifica la incorporación de instrumentos de esta índole, siempre bajo un sistema que prevea un estatuto especial para inversores calificados, en el esquema de autorregulación que reseñáramos.

Así también pensamos que debiese modificarse la conformación de esta figura societaria, tal cual acontece en el sistema argentino. Según se dijo, en él coexisten los socios "protectores", proveedores de los recursos necesarios, con los socios "beneficiarios", las pymes respectivas. Una modalidad como ésta va en beneficio directo de los emprendedores, permitiendo canalizar los esfuerzos a las actividades o servicios pertinentes. Más aún, dicha vinculación permitiría un flujo financiero más expedito para pequeñas y medianas entidades, pues es plausible el interés que prestaría para grandes compañías incorporar a éstas en la sociedad respectiva. Ello porque, tal cual acontece en el país vecino, muchas de éstas inciden en las distintas etapas del eslabón productivo, facilitando una asociatividad beneficiosa para todos.

Con todo, manifiesto mi escepticismo en la adopción que puedan tener el conjunto de medidas esbozadas, principalmente en lo que atañe a los incentivos tributarios. Se podrá calificar nuestra postura de privatista, pero lo cierto es que una política tributaria agresiva explica innegablemente la expansión de una serie de mercados en el mundo, y no sólo en los llamados países desarrollados. El marcado sesgo ideológico que ha inspirado a los últimos gobiernos hace pensar que sólo un cambio en la autoridad política pudiera promover la adopción de políticas fiscales más audaces, no sólo en el ámbito de las sociedades de garantía, sino también en otros como la industria del capital de riesgo.

Soy más optimista en relación a adecuaciones que se hagan en el mercado bursátil, aun cuando es previsible la fuerte intervención que querrán tener organismos como la SVS.

Soy majadero, en todo caso, respecto a la conveniencia de establecer incentivos concretos para los inversores que pretendan destinar recursos a esas iniciativas. Es ésta la única manera de mitigar la incertidumbre propia de todo sector productivo cuyo desarrollo es incipiente.

De lo contrario, la realidad de pequeñas y medianas empresas continuará sujeta a la discrecionalidad de entidades bancarias para otorgarles financiamiento, en condiciones conocidamente desfavorables.

Bibliografía

"Panorama de los Sistemas de Garantía en Latinoamérica: Orientaciones Operativas". Documento del Banco Interamericano de Desarrollo, varios autores, año 2006.

Actas de Discusión del proyecto de Ley 20.179, sobre Sociedades de Garantía Recíproca en Chile.

Arrau, Patricio, y Pimentel, Ricardo, "Propuestas para el Desarrollo del Mercado de Capitales III". Documento de la Consultora Gerens, octubre de 2007.

Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley 20.179.

Cortés, Patricio, y Echecopar, Germán, "Capital de Riesgo 2008". Documento de la Global Entrepreneurship, Ediciones Universidad del Desarrollo, octubre de 2008.

El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil[1]

Mario Rojas Sepúlveda
Profesor de Derecho Procesal
Universidad del Desarrollo

Resumen: Este trabajo pretender persuadir acerca: (i) de la necesidad de mantener el recurso de casación en una democracia constitucional, en que la predominancia de un sujeto sobre otro puede justificarse únicamente en factores normativos, predispuestos por la juridicidad, rectamente interpretados y que han de operar en todo caso con igualdad de trato; la interpretación de una misma norma jurídica ha de ser idéntica respecto de todos los casos subsumibles bajo ella; aunque deban introducirse –por vía legal– alteraciones menores, orgánicas y funcionales, a la operatoria judicial; (ii) del significativo perfeccionamiento de la práctica chilena del recurso de casación, ocurrido tras la promulgación de la Ley N° 19.374, precedida ésta de acabados análisis; y seguida -como lo ha sido- de conductas judiciales eficientes y eficaces de nuestros jueces de nulidad, estadísticamente demostrables; y, (iii) de la inconveniencia de sustituir el recurso de casación por el recurso extraordinario que contempla el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, que no se ajusta a mínimos estándares garantísticos, exigidos por los derechos fundamentales de todas las personas.

* * *

[1] Este trabajo se realizó con la colaboración de la Sra. Tania Busch Venthur, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción.

I. Sumario

En Derecho Procesal podemos distinguir problemas políticos y técnicos. Los primeros son aquellos que inciden en cuestiones cruciales concernientes al modo en que la sociedad estructura la interacción entre sus miembros, en específica mira –foucaltiana– de predominancia de unos sobre otros; es el caso, entre tantos otros problemas de derecho, de la regulación de la distribución de los poderes del juez y de las facultades de las partes litigantes en el proceso. En cambio, los segundos son aquellos que inciden en asuntos que carecen de tal incidencia, como ocurre, por ejemplo, con las modalidades de regulación de la constitución del apoderamiento procesal, los casos en que es exigible la designación de un procurador común, el modo de nombrarlo, la intervención adhesiva, entre tantos otros.

No es dudoso que el Proyecto de Ley que aprueba un Nuevo Código Procesal Civil, sometido por la Presidenta de la República a la consideración del Congreso Nacional en Mensaje N° 398/357, de 18 de mayo de 2009, pretende modificar una cuestión política decisiva en Chile, al establecer para la Corte Suprema un rol institucional diferente al conocimiento y decisión del recurso de casación en el fondo, que ha operado en Chile durante más de un siglo, de modo similar al que se mantiene en naciones de las que nuestro sistema jurídico toma base, como España, Francia, Italia, y, bajo otra denominación, en modalidad matizada (revisión[2]), en Alemania y Austria.

En efecto, **el proyecto abroga la casación de fondo; y establece un arbitrio nuevo, denominado recurso extraordinario**, enteramente diferente, de conocimiento facultativo para la Corte Suprema, cuya normativa de detalle será descrita y sistematizada en su lugar.

Se trata de una cuestión política crucial, toda vez que la casación de fondo –en el contexto actual de las llamadas "democracias constitucionales"[3] del siglo XXI– tiende a asegurar, en el orden jurídico, que la predominancia de un miembro de la sociedad sobre otro, en cualquier orden de derecho, se justifique única y necesariamente en factores normativos predispuestos por la juridicidad

[2] "La revisión se distingue de la casación, porque el Revisionsgericht no está constreñido dentro de los límites de los motivos del recurso, sino que, en el ámbito de la impugnación propuesta, puede rever libremente el juicio de derecho contenido en la sentencia impugnada; además, porque, cuando acoge el recurso, pronuncia directamente la decisión que sustituirá la anulada, siempre que no sean necesarias nuevas consideraciones de hecho; en otro caso remite al juez inferior" (Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial Ejea, 1980, página 497). En cuanto a la estructuración y praxis actual de la revisión alemana, después de la reforma de 2001, puede revisarse con provecho: Gottwald, Peter, "El Recurso ante el Tribunal Supremo Federal Alemán", http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c4got2.pdf; y Taruffo, Michele, *La Prueba, Artículos y Conferencia*, Editorial Metropolitana, 2009, páginas 212 y siguientes.

[3] Ferrajoli, Luigi, Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, 2008, páginas 28 y 31.

("justicia normativa"[4]), rectamente interpretados ("nomofilaquia"[5]), que han de operar en todo caso con igualdad de trato ("justicia formal"[6]), de modo que la interpretación de una misma norma jurídica ha de ser idéntica respecto de todos los casos subsumibles bajo ella ("uniformidad de la jurisprudencia"[7]), al menos en similar época y salvo advertencia de error manifiesto de la interpretación pretérita[8].

Es ésta la razón, dual, que justifica conceptualmente:

(a) que el enjuiciamiento de hecho y de derecho formulado por los jueces de las instancias pueda ser a posteriori sometido, por medio de la casación de fondo, o de la revisión, a un estricto escrutinio de coherencia con el sistema de fuentes del derecho, o, al menos, con alguna(s) de ellas(s);

(b) que este examen sea constitutivo de una facultad procesal del litigante, cuya admisibilidad se subordine sólo al cumplimiento por el recurrente de requisitos legales objetivos de admisibilidad, de modo que ésta no quede entregada a mero arbitrio; y

(c) que el examen se radique en un órgano casacional único, colocado en el vértice del sistema judicial[9], cuyo control no tiene por objeto la plenitud del juicio jurisdiccional, sino únicamente el examen de conformidad de la conducta adjudicativa de los órganos jurisdiccionales de las instancias con el sistema de fuentes del derecho, o, al menos, con alguna(s) de ellas(s)[10].

Por contra, el proyecto gubernativo:

[4] Acerca del concepto de justicia normativa, bajo la denominación de justicia legal, ver, por ejemplo: Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Editorial Fontamara, 1994, página 47.

[5] Ver, por ejemplo, Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Librería El Foro, 2007, Tomo III, N° 8, página 35; contemporáneamente, por ejemplo, Buendía Canovas, Alejandro, Editorial Difusa, 2006, páginas 113 y siguientes, Hinostroza Minguez, Alberto, *El Nuevo Recurso de Casación*, Editorial Jurista, 2009, páginas 30 y siguientes.

[6] "Correctamente, esta forma del tratamiento igual justo ha sido también llamada justicia formal, es decir, una justicia que aplica igualmente, con imparcialidad, las normas o reglas prescritas, sin tomar en cuenta su contenido material, a todas aquellas personas o casos que son subsumibles bajo estas normas" (Hoerster, Norbert, *En Defensa del Positivismo Jurídico*, Editorial Gedisa, 2000, página 159).

[7] Taruffo, Michelle, *El Vértice Ambiguo*, Editorial Palestra, 2006, páginas 71 y siguientes.

[8] Taruffo, Michelle, *El Vértice Ambiguo*, páginas 135 y siguientes, en particular, páginas 140 y siguientes.

[9] Taruffo, Michelle, *El Vértice Ambiguo*, páginas 71 y siguientes.

[10] Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Tomo III, N° 8, página 35.

(a) siguiendo el tenor de ideas planteadas en el año 2006 por el profesor Raúl Tavolari Oliveros, que se transcribirán en su lugar, abroga la casación de fondo; y

(b) aparentemente con incidencia en la redacción de los profesores Cristian Maturana Miquel y Raúl Tavolari Oliveros[11], establece un nuevo arbitrio, llamado recurso extraordinario, de competencia de la Corte Suprema, susceptible de acogimiento en caso "que la sentencia impugnada sea notoriamente injusta para el recurrente"; y, copulativamente, "que la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme o que la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí, o que no existiere jurisprudencia sobre la materia, o que nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial", o en caso que "la sentencia impugnada vulnere garantías constitucionales", siendo la vulneración "sustancial"; **empero**: su admisibilidad es entregada a la discrecionalidad de la Corte Suprema, desde que concurre en virtud de supuestos indeterminados, desde que el recurso es admisible únicamente si el caso es expresamente seleccionado por el tribunal, en razón de "revestir interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros".

Así las cosas, el proyecto de ley en examen, **en síntesis**, elimina la facultad procesal del litigante de obtener de la Corte Suprema una respuesta sustantiva acerca de la conformidad del enjuiciamiento de los jueces de las instancias con las normas jurídicas decisorias de la litis; y, además, permite la subsistencia de interpretaciones diversas respecto de casos iguales, desde que tanto la admisibilidad, como la procedencia, del recurso extraordinario, se subordinan a conceptos jurídicos indeterminados ("notoria injusticia" e "interés público").

Este trabajo tiene como objetivo fundamental demostrar que la anotada idea matriz del proyecto gubernativo se opone a las reglas y valores constitucionales, desde que **no asegura** el respeto de la juridicidad, por una parte, ni la igualdad de trato, por la otra; la demostración empírica es por demás obvia: sólo en el mes de octubre de 2009 la Corte Suprema anuló treinta sentencias de Cortes de Apelaciones[12], por haber incurrido éstas en diversas infracciones de ley, varias en oposición a la jurisprudencia establecida; en cambio, si hubiere estado en vigor el sistema recursivo que se propone, es altamente probable que tales errores de derecho cometidos por los jueces de las instancias, amparados por la cosa juzgada, hubieren perjudicado irreparablemente a los litigantes agraviados.

La abrogación de la casación de fondo que se propone se sustenta en una valoración intensamente crítica, formulada por el profesor Tavolari Oliveros, que en su lugar será aludida, de la operatoria actual de la casación en el fondo,

[11] Así lo ha sugerido el profesor José Pedro Silva en conferencia publicada (http://www.colegioabogados.cl/htm/FORO_CIVIL_JPSILVA.pdf.).

[12] Véase, infra, Anexo Estadístico N° 1.

parcialmente compartida por otros académicos, como el profesor José Pedro Silva, que ha cuestionado los motivos por los que la Corte Suprema ejerce la facultad de rechazar los arbitrios por manifiesta falta de fundamento[13]; al respecto y por contra, este trabajo tiene por objeto demostrar, sobre la base de datos empíricos, exentos de especulaciones y generalizaciones, que la operatoria actual de la casación en el fondo, después de la promulgación de la Ley N° 19.374, y de sanos cambios de actitud –bastante obvios– de nuevos ministros de la Corte Suprema, es adecuada y fluida.

La abrogación se basa, en otra línea argumentativa, en que la existencia de una tercera revisión de lo resuelto en una primera instancia desarrollada bajo las pautas de la oralidad y la inmediación, según lo ha planteado el profesor Cristian Maturana Miquel[14], sería inviable con la generalidad actual; al contrario, este trabajo tiene por objetivo demostrar que no hay tal inviabilidad, sino, antes al contrario, una necesidad, al menos en países como el nuestro, cuyo desarrollo jurídico es mediano y en que cualquier examen estadístico demuestra que –por distintas razones que no corresponde examinar aquí– no es habitual que los mejores egresados de las universidades ingresen al Poder Judicial, de modo que la calidad de los fallos no es asegurada en los estrados de segunda instancia; como lo demuestran tantos fallos anulatorios de la Corte Suprema que, en gran medida, no hallan sustento en distintas interpretaciones, sino en la comisión –en la segunda instancia– de errores de derecho de grave entidad.

Y si la abrogación pretende basarse en experiencias comparadas tales como la reforma de 2001 a la revisión alemana[15], nos parece que se pierde de vista que los contextos alemán y chileno exhiben notorias diferencias que quedan enunciadas en este sumario.

Desde el punto de vista institucional y normativo: **(a)** los motivos de admisión del recurso ante el Tribunal Supremo Federal presentan mayores grados de precisión y objetividad, puesto que consisten en la relevancia fundamental de las cuestiones de derecho planteadas, desarrollo de la ley, e interés de la ley con el fin de asegurar la uniformidad de la doctrina jurisprudencial; **(b)** sobre la base de un desarrollo consciente y profundo de los principios constitucionales, el Tribunal Supremo Federal ha entendido que un error de derecho único, cometido en una causa específica, puede quedar sometido a revisión en cuanto constituya una decisión arbitraria; **(c)** a partir de 2007, el Tribunal Supremo Federal ha concluido que la revisión es admisible si la sentencia de

[13] Conferencia pronunciada en el Auditorium de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en noviembre de 2009.

[14] Así lo ha planteado al comentar la citada conferencia del profesor José Pedro Silva (http://www.colegioabogados.cl/htm/FORO_CIVIL_JPSILVA.pdf.).

[15] Ver Gottwald, Tarufo, citados supra.

instancia ha sido dictada con violación de las reglas procesales que aseguran su justicia y racionalidad; y **(d)** una vez extinguidas las vías ordinarias, es posible todavía acudir al Tribunal Constitucional mediante la acción de amparo si la sentencia firme infringe garantías constitucionales sustantivas o formales, vía de reclamación que no existe en Chile.

Así, el sistema alemán es diferente al que se propone en Chile, y contempla resguardos endógenos y exógenos al Poder Judicial, de modo que ha podido decirse por la doctrina alemana que "la ley de reforma de 2001 no afectó el alcance de la casación en el Tribunal Supremo Federal; en consecuencia, el tribunal todavía revisa completamente si el tribunal de menor instancia ha aplicado adecuadamente las leyes federales; los pactos contractuales habituales también se revisan en detalle" y que "el recurrente también puede denunciar la contravención de las normas procesales en segunda instancia"[16].

A lo anterior debe agregarse el notable grado de desarrollo de los estudios jurídicos en Alemania, tanto en pregrado, como en postgrado, que probablemente alcanza la mayor excelencia del mundo occidental; circunstancia que asegura la calidad de las sentencias de la instancia con una intensidad que es utópica entre nosotros.

Es preciso, en consecuencia, considerar con cuidado las experiencias comparadas, desde que no todas ellas pueden replicarse con éxito en Chile; bien porque el contexto normativo e institucional es diverso, bien porque los grados de desarrollo cultural son distintos.

II. Exigencias constitucionales implícitas al modelo recursivo de competencia de la Corte Suprema

Parece evidente que la evaluación de mérito o demérito de la innovación propuesta ha de ponderarse –ante todo– a la luz de las normas constitucionales, puesto que éstas traducen en regla jurídica, entre nosotros, la conquista civilizada de la "democracia constitucional", en tanto nuevo paradigma surgido en la tierra continental europea en el quinquenio 1945/1949, marcado éste por la derrota del nazismo y del facismo, pese a que su origen se hallaba ya en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789: toda sociedad en la que no está asegurada la "garantía de los derechos" no tiene Constitución, entendida ésta como "límite y vínculo a los poderes públicos"[17], entre los que se encuentran, desde luego y ante todo en la concreta realidad de la vida de las personas, los órganos jurisdiccionales de las instancias.

[16] Ver Gottwald, citado supra.
[17] Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, página 28.

En el Estado de Derecho, la Constitución es una convención democrática que fija el límite en cuyo exceso se halla lo que es indecidible por los poderes jurídicos[18]; la violación de los derechos es indecidible y es por ello que la abrogación de la casación y la instauración del recurso extraordinario debe evaluarse negativamente si no constituye una mejor garantía de los derechos de las personas frente a atentados que puedan cometerse por los jueces de las instancias, radicados en juzgados y Cortes de Apelaciones.

En este contexto, la Constitución Política que nos rige establece una de las bases fundamentales de nuestra institucionalidad –la de juridicidad– en el inciso 2° de su artículo 5° al disponer que "los órganos del Estado [entre los que se encuentran los jueces] deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", esto es, al sistema de fuentes.

El establecimiento constitucional del principio de juridicidad constituye el reconocimiento, en el nivel jurídico supremo, del rasgo esencial de los sistemas jurídicos romano/cristianos o continentales, en sus formulaciones contemporáneas, que consiste en que el comportamiento humano se rige fundamentalmente por normas generales y abstractas, expresadas en reglas escritas y públicas, cuya validez deriva de su generación en conformidad con mecanismos constitucionalmente previstos[19]; y, en la medida en que la decisión judicial fija una regla jurídica particular y concreta, que rige a los sujetos a los que obliga, usualmente las partes que han litigado, en necesaria coherencia con la norma general y abstracta en la que halla base de legitimidad, de esto se sigue que la sentencia judicial deriva su validez de tal conformidad constitucionalmente impuesta; de lo contrario es un fallo anulable.

A este respecto, enseña la doctrina constitucional que integra la garantía del proceso justo y racional la circunstancia que la sentencia de la instancia "debe fundamentarse positivamente en el sistema de fuentes del derecho vigente"[20].

Por consiguiente, es forzoso concluir que el modelo recursivo de competencia de la Corte Suprema constituirá un eficiente mecanismo de garantía de los derechos en el caso en que permita al justiciable obtener la ineficacia de la sentencia judicial que carezca de exigible sostén en la Constitución Política y en las normas dictadas conforme a ella, esto es, en los tratados internacionales,

[18] Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, página 31.

[19] Ver, por todos, Castán Tobeñas, José María, y otros autores, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Abeledo Perrot, 2000, páginas 36 y siguientes; y Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 2005, páginas 30 y siguientes.

[20] Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Editorial Librotecnia,

en la ley, en los reglamentos, y, en lo pertinente, en los autos acordados.

Pero la norma suprema impone exigencias añadidas, que tienen que ver con la igualdad de trato, toda vez que, en el numeral 2° de su artículo 19, asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley", aclarando que ninguna "autoridad" –carácter que tiene el órgano judicial– podrá "establecer diferencias arbitrarias", es decir, que no traigan causa de diversidad relevante en la situación juzgada; y, en el numeral 3° de idéntico precepto asegura a todas las personas, con similares consecuencias, "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos".

Como se sabe, la eventual desigualdad de trato que puede provenir del fallo jurisdiccional no trae causa únicamente de la posibilidad del error judicial, puesto que dos factores adicionales, relacionados entre sí, se confabulan para generar una alta probabilidad de trato desigual.

De una parte, "la textura abierta que poseen los lenguajes naturales [en que se expresan las normas jurídicas escritas], la inevitable ambigüedad de las reglas, los defectos lógicos de los sistemas normativos y la inadecuación de los sistemas legales frente a los ideales de moralidad política o social fácticamente vigentes..."[21], conducen a que jueces distintos entre sí, necesariamente, fijarán de manera desigual el sentido y alcance de una misma regla jurídica.

De otra y relacionadamente, la necesaria existencia coetánea de una pluralidad de jueces de instancias, que tienen legalmente adjudicadas entre sí las competencias de juzgamiento de diferentes casos, conllevará que adopten y apliquen en la concreta realidad unas interpretaciones diversas; de modo que un mismo asunto quedará, casi ineluctablemente, juzgado por las instancias de modo distinto respecto de personas diferentes, violándose de principio la regla constitucional de igualdad de trato; es lo que los abogados que ejercemos en el foro constatamos cotidianamente en las diversas Cortes de Apelaciones y en las distintas salas de una misma de ellas.

Es por esto que es también forzoso concluir que el modelo recursivo de competencia de la Corte Suprema constituirá un eficiente mecanismo de garantía de igualdad de trato sólo en el caso en que permita al litigante:

(a) lograr una misma interpretación de la norma jurídica general y abstracta, de modo que pueda exigirse a los tribunales de las instancias que ajusten sus

2008, Tomo II, página 306.

[21] Peña González, Carlos, "Los Desafíos Actuales del Paradigma del Derecho Civil", en *Revistas del Centro de Estudios Públicos*, N° 60, 1995.

fallos a la "*ratio decidendi* de las decisiones previas sobre aplicación del derecho en casos sustantivamente iguales"[22];

(b) obtener la declaración de ineficacia de la sentencia judicial que infrinja la exigencia constitucional de igual trato judicial; y

(c) obtener la vigencia efectiva de la garantía de igual trato judicial, puesto que un diseño institucional que la ofrezca a unos y no a otros, implica –per se– la infracción de la igualdad ante la ley y de la igual protección de los derechos; es por esto que el Tribunal Constitucional, a propósito de una frustrada reforma legislativa, ha decidido que "la Corte Suprema es la garante de que la ley sea igual para todos, y requerida para que se pronuncie sobre si ello es efectivo, no puede excusarse de resolver a pretexto de que el fallo carece de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho"[23].

La cuestión central es ésta: el mérito o demérito de un modelo recursivo, en un sistema jurídico occidental, de rasgos romano/cristianos, del siglo XXI, debe ponderarse, ante todo, en función de la realización efectiva –en las sentencias judiciales– de las garantías fundamentales de juridicidad e igual trato.

III. Origen y desarrollo de la casación chilena (1902/1994)

Este trabajo se circunscribe al instituto que entre nosotros, con alguna impropiedad técnica de raíz hispánica[24], denominamos "casación de fondo", cuyo objeto fundamental consiste, como lo expresaba el Ministro de Gracia y Justicia de España a las Cortes Constituyentes, en 1869, en "...que las leyes se apliquen bien y uniformemente; que la justicia sea igual para todos..."[25].

Resulta de interés anotar que el rol de la Corte Suprema, en Chile, carece de clara definición positiva, desde que ésta no es precisada por la regla constitucional, situación que mantuvo la Constitución Política de 1980, que no le asigna una específica función jurisdiccional; puede consignarse, en consecuencia, que el máximo tribunal de nuestro país mantiene su posición institucional al ritmo –esencialmente variable– de la legislación infraordinada y es posible que se halle en esta característica, que es constitutiva de deficiencia porque la máxima expresión del Poder Judicial no puede hallarse al arbitrio de los Poderes Colegisladores, la constante pregunta por su identidad, que renueva el Proyecto

[22] Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, 2008, página 208.
[23] Sentencia de 1° de febrero de 1995 dictada en autos Rol N° 205, dictada por los señores Manuel Jiménez. Bulnes, Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez, Osvaldo Faúndez Vallejos, Servando Jordán López y Juan Colombo Campbell.
[24] Rodríguez, Agustín, "Estudio sobre el Recurso de Casación", en *Revista Forense Chilena*, Año XII, enero y febrero de 1898, páginas 6 y siguientes.
[25] Rodríguez, Agustín, trabajo, citado, página 10.

de Código Procesal Civil y que demuestra que carece de ella.

La situación no es nueva, puesto que sólo la Constitución de 1818 atribuyó al Supremo Tribunal Judiciario el conocimiento de los "recursos de segunda suplicación y otros extraordinarios, que se interpongan legalmente de las sentencias de la Cámara de Apelaciones y Tribunales de Hacienda, Alzada, de Minería y Consulado", la Constitución de 1822 le atribuyó la función de "conocer en las causas de segunda suplicación e injusticia notoria" y "de las de nulidad de las sentencias dadas en última instancia al solo efecto de reponer y devolver", y la Constitución de 1828 le atribuyó la misión de conocer el recurso de súplica.

Empero, la Constitución de 1833 "consideró más propio de la ley común la organización y atribuciones de los tribunales y así lo dispuso en artículos 2° y 3° de los transitorios", situación que subsistió tanto en la Constitución de 1925, como en la de 1980, que previene en su artículo 77 que "una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República", reservando el saldo de la regulación procesal a "las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento"; la normativa se limita a disponer sobre gobierno judicial al establecer, en su artículo 82, que "la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación", con ciertas excepciones, no obstante lo cual, "en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrá(n) invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva".

El rol institucional de la Corte Suprema en Chile, entonces, en lo estrictamente jurisdiccional, es cuestión deferida a la legalidad infraordinada, y entregada, por ende, al arbitrio de los Poderes Colegisladores, de modo que puede constatarse, en perspectiva política, que está afectada por una peligrosa discriminación negativa.

Entre 1833 y 1902, "la circunstancia de que la Corte Suprema no haya satisfecho en sus orígenes necesidad práctica alguna, hizo de ella, preferentemente, un tribunal de apelación, una especie de sala independiente de la Corte de Apelaciones, especializada en materias criminales y de comercio"[26]; y esto fue así porque, pese a que la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 le asignó la competencia para conocer del recurso de casación, lo cierto es que tal normativa constituyó una disposición meramente programática hasta el establecimiento y regulación del respectivo arbitrio, que vino a contenerse en el Código de Procedimiento Civil de 1902.

[26] Correa, Juan Ignacio, y Vial, Felipe, "Informe Final Sobre Reformas al Sistema Judicial Chileno", en *Proposiciones para la Reforma Judicial Chilena*, Centro de Estudios Públicos, 1991, páginas 18 y 19.

Pero, incluso en el nivel legal, el establecimiento del recurso de casación como la materia de conocimiento esencial de la Corte Suprema no fue pacífico.

Sobre la base de ideas preliminarmente publicadas en 1836 por Andrés Bello en "El Araucano"[27], fue el Presidente de la República don Manuel Bulnes quien, en 1849, envió al Congreso un proyecto de ley que establecía un recurso procedente cuando "el tribunal fallare contra expresa disposición legal, o contrariando el sentido literal o el manifiesto espíritu de la ley", en cuyo caso "debe proveerse del remedio necesario para reparar el perjuicio que se irrogare a los litigantes", habida cuenta además de la necesidad de un trato igual: "teniendo en el día tres Cortes de Apelaciones se hace aun más necesaria la revisión de las sentencias que se pronunciaren con notoria infracción de la ley, pues de otro modo cada tribunal tendría su jurisprudencia, admitiendo unos lo que otros rechazan, y debiendo todos arreglar su fallo a las mismas disposiciones legales".

Pero el proyecto fue rechazado, sobre la base de las ideas del pensador liberal don José Victorino Lastarria –es de interés consignar que en 1883 juró como ministro de la Corte Suprema–, que sostuvo que "...es lo mismo que establecer una tercera instancia, es decir, otro recurso más de apelación contra las sentencias de segunda instancia", y añadió: "...se dice que la cuestión está reducida a este término: ¿Debe concederse o no un recurso contra las sentencias que hayan sido dictadas infringiendo las leyes o su espíritu?, y se agrega que nadie puede resolver esto negativamente. Mas nadie negará que para resolver esta cuestión es preciso usar de un distingo escolástico. Si se habla de una sentencia de primera instancia, concedo, pero si de una de segunda, niego, porque en virtud de un principio innegable dos sentencias terminan el juicio"; y que "Supongamos que un litigante se alzara de una sentencia de la Corte de Concepción o de La Serena, diciendo que era injusta, porque no estaba conforme al espíritu de la ley del caso. ¿A qué se atendría la Corte Suprema para fijar ese espíritu sino a su propia opinión? ¿Podrían los litigantes esperar que esta Corte se atuviera a una norma más segura que su opinión? Supongamos todavía que la Corte de Concepción entiende el espíritu de una ley así, y la de La Serena lo entiende asá, ¿hay alguna razón que nos convenza de que la opinión de la Corte Suprema sobre esta divergencia deba ser la decisiva?"[28].

Empero, las discusiones de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 evidencian que poco más tarde no hubo dudas acerca de la necesidad del establecimiento del recurso de casación de fondo y la asignación de competencia decisoria a la Corte Suprema, tanto porque ésta se hallaba

[27] Rodríguez, Agustín, trabajo citado, página 26.
[28] Atria, Fernando, "Proceso Civil", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004, Número 2, 2005, páginas 255 y 256.

integrada por un número mayor de ministros que las Cortes de Apelaciones, lo que permitía esperar un razonamiento de mayor profundidad, cuanto porque se encontraba instalada en el vértice del sistema jurisdiccional, circunstancia que permitía obtener una línea interpretativa única, generando, de este modo, igualdad de trato.

Como se ha dicho, sin embargo, no hubo urgencia política, desde que se tardaría hasta 1902, es decir, casi treinta años, para que operare el recurso de casación con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1902, con grandes expectativas, demostradas por lo que, bajo la pluma de los ilustres juristas don Eliodoro Yánez, don Luis Claro Solar y don Alejandro Valdés Riesco, escribió la Dirección de la Revista de Derecho y Jurisprudencia que inició su publicación en 1903: "El establecimiento en Chile del recurso de casación, como medio de corregir las infracciones de la ley en el fallo de las contiendas judiciales, no produciría todos sus efectos si no llegara a uniformarse la jurisprudencia por medio de la adopción en cada caso análogo de la doctrina jurídica sentada por la Corte Suprema; la Corte de Casación, dicen los sabios redactores de las Pandectas Francesas, tiene por misión mantener la unidad de la jurisprudencia y asegurar el respeto a la ley y su aplicación estricta"[29].

Entre 1902 y 1995, es decir, durante 93 años, en el parecer de la doctrina, la realidad casacional chilena no ofreció frutos halagüeños, encontrándose la raíz del despropósito en la disposición con que la Corte Suprema abordó la operación del instituto.

Quizás porque la tradición constitucional, desde 1833, concebía en la norma suprema, como única función claramente definida, la existencia de una "magistratura a cuyo cargo esté la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación"[30], lo cierto es que nuestra Corte Suprema obró de manera tal que en los hechos promovió la utilización masiva del recurso disciplinario de queja, de naturaleza no jurisdiccional, y desincentivó el empleo del recurso jurisdiccional de casación[31], de modo que los litigantes, enfrentados a tal escenario, no tuvieron más alternativa que acomodarse a la fuerza de la realidad; es así que, en el año 1988, la Corte Suprema falló 2.113 recursos de queja (86,06%), en tanto que sólo falló 342 recursos de casación en el fondo (13,94%)[32].

[29] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo I, Imprenta Cervantes, 1904, presentación, página sin número.
[30] Artículo 113 de la Constitución de 1833.
[31] Valenzuela Somarriva, Eugenio, "Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema", en *Proposiciones para la Reforma Judicial*, citado, páginas 144 a 157.
[32] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, *Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno*, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria, 1995, páginas 50 y 51.

La impropiedad de este fenómeno, derivado de las prácticas jurídicas de la Corte Suprema, desde el punto de vista de la garantía constitucional del debido proceso, era evidente: "Como el recurso de queja es una acción disciplinaria y no jurisdiccional, conforme lo ya anotado, su estructura no es la de un juicio contradictorio. Esto puede llevar a violaciones del debido proceso, toda vez que, conforme a las disposiciones que rigen su procedimiento, 'según las consecuencias o efectos jurídicos de la decisión que pueda recaer en el recurso, el tribunal decretará, si lo estima necesario, que su estado se ponga en conocimiento de las partes o interesados a quienes pueda afectar el fallo (N° 10 Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja). Por otra parte, la motivación de las decisiones de estos recursos es habitualmente breve. Todo esto, y la posibilidad ya anotada de poder la Corte Suprema solucionar por esta vía cualquier asunto jurídico, ha llevado a la creación de una verdadera jurisdicción de equidad que es claramente disfuncional con la manera en que está estructurado el sistema"[33].

A lo anterior se añade que la Corte Suprema, además, alteró profundamente el diseño del recurso de queja, modificando el sentido del sistema institucional chileno: "La desvinculación total entre el recurso de queja actual y su origen disciplinario se comprueba al apreciar que prácticamente en ninguna de las oportunidades en que son acogidos, se aplica una sanción disciplinaria al juez que con su falta o abuso lo motivó"[34].

La Corte Suprema, hasta 1994, destruyó en realidad el recurso de casación en el fondo, reduciéndolo a una institución residual, que, por ello, fue abandonada progresivamente por los litigantes, pese a que su importante rol había sido admitido varias veces por ella misma, expresando, por ejemplo: "Que a este fin primordial [tutela legal sobre todos los tribunales en quienes se ha delegado la facultad de administrar justicia] tiende el recurso de casación en el fondo, cuya misión es la de fijar el genuino sentido y alcance de la ley, perfeccionando la que sea oscura, dudosa e incompleta, mediante una recta interpretación...", agregando que "...con él se trata de obtener la unidad de la legislación por medio de la unidad de la jurisprudencia", y que "...la casación, junto con ser un verdadero homenaje que se tributa a la ley, es una institución de carácter técnico, de interés general, de orden público y de derecho estricto", siendo su objeto el de "mantener a todos los tribunales en la estricta observancia de los preceptos legales, impidiendo las interpretaciones falsas o las apreciaciones erróneas"[35].

[33] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, página 50.
[34] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, página 50.
[35] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXIII, sección primera, páginas 449 y siguientes, consideraciones decimotercera y decimoquinta, redacción del ministro señor Mariano Fontecilla.

El recurso de casación en el fondo tiende, en rigor, a una decisión acerca de la conformidad de la sentencia con la norma jurídica decisoria de la litis, y no –directamente– a una decisión acerca de la justicia de la decisión del caso fallado por las instancias; el objetivo de equidad sólo se logra indirectamente, puesto que el fallo de casación de fondo tiende a una interpretación y aplicación recta e igualitaria de la norma jurídica y de la rectitud e igualdad es que surge la solución equitativa del caso.

Por el contrario, la Corte Suprema, hasta 1994, prefirió comportarse de modo de privilegiar, por medio del estímulo a la utilización del recurso de queja como vía real de acceso a ella, un anómalo rol de tribunal de tercera instancia, en que, en razón de los motivos ya anotados y con defecto de las garantías del debido proceso, impartió una justicia de equidad y no una de derecho.

El verdadero espíritu de la Corte Suprema se lee en el informe que emitió el día 11 de agosto de 1989, con motivo de un proyecto de ley que modificaba la regla contenida en el artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales, al que se opuso, anotándose la siguiente opinión escrita por el ministro don Osvaldo Erbetta, compartida en plenitud por los ministros don Rafael Retamal y don Arnaldo Toro, y parcialmente por el ministro don Marcos Aburto: "El proyecto de la Comisión Conjunta de la H. Junta de Gobierno que ha sido remitido a este tribunal tiende, en lo que se refiere al recurso de queja, a limitar gravemente su aplicación, siendo que es el único recurso moderno, ágil y práctico con que cuentan los tribunales superiores para administrar justicia... El recurso de queja tiene la ventaja de permitir el análisis de los hechos, así como del derecho, y no sólo cuando ha existido un claro abuso de un tribunal al emitir una resolución, sino también cuando ésta se basa en un claro error de derecho... En el mismo lapso en que se conoce un recurso de casación, las salas fallan seis o siete recurso de queja, con el mismo resultado, respecto de la justicia... El recurso de casación es un recurso decididamente arcaico que viene de los tiempos del Rey San Luis, época en que todo era bastante lento y escasos los negocios jurídicos; podría decirse que es de los tiempos de los buques a vela"[36].

El deterioro del recurso de casación en el fondo provino:

A. De causas de diseño legal y de prácticas jurídicas operativas de la Corte Suprema:

(i) la forma en que fue alterado por la Ley N° 11.183, de 1953, que asignó la

[36] Piedrabuena Richard, Guillermo, *Reflexiones Sobre la Casación*, Editorial Fallos del Mes, 1995, página 41.

competencia para conocer del recurso de casación de fondo a las distintas salas de la Corte Suprema, sin diferenciación de materias juzgadas, circunstancia que impidió la generación de una jurisprudencia uniforme, desde que las diferentes salas interpretaban y aplicaban las leyes con sentidos y alcances diversos, sin que existiera mecanismo de uniformidad;

(ii) la medida de recursos humanos (ministros y relatores) asignados a la operación de la Corte Suprema, en relación con las prácticas operativas desarrolladas por ésta, impidió una sustanciación fluida, arribándose a lapsos calificados entre nosotros como extensos entre el ingreso de los arbitrios y sus fallos, al punto que el total de recursos ingresados llegó a exceder con mucho al total de recursos terminados por fallo sustantivo, por fallo de inadmisibilidad, por deserción o por desistimiento;

– en lo concerniente al **primer aspecto**, si bien no conocemos estudios estadísticos que permitan determinar con exactitud el tiempo promedio de dilación entre el ingreso y el término de la sustanciación de los recursos de casación en el fondo, el examen de las recopilaciones jurisprudenciales atinentes a 1988[37], año que hemos tomado como muestra, evidencia que tal lapso osciló en torno a los 2,5 años (900 días); en cualquier caso, para una visión comparativa y equilibrada [Couture: "El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración"], es necesario tener en consideración que en 1994 la Corte de Casación de Italia tardaba en promedio, en igual tarea, 2,59 años (934 días)[38]; en tanto que en 1998, conforme a los datos de la Unión Europea, el período promedio de sustanciación de la casación o de la revisión era en Portugal de 0,75 años (270 días), en Austria de 0,91 años (330 días), en Alemania, Italia y Bélgica, de 2,5 años (900 días), en España de 3 años (1.080 días) y en Francia de 5,41 años (1.950 días)[39];

– en lo pertinente al **segundo aspecto**, en el año 1988 ingresaron 449 recursos de casación en el fondo a la Corte Suprema, que terminó la sustanciación de 417 arbitrios del mismo tipo, de manera que su operación anual dejó un remanente de 7,12% (32 asuntos); con todo, este mismo índice arrojó un desalentador promedio de 35,53% en el período 1981/1989[40]; se trataba de un problema recurrente: al año 1912 se mantenían pendientes 909 recursos de casación y la Corte Suprema fallaba anualmente sólo 170 impugnaciones[41];

---

[37] Ver, por todas, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LVXXX.

[38] Marín, Juan Carlos, "Estado de Derecho y Reformas a la Justicia Civil", en *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Universidad de Chile, Universidad de Heidelberg y California Western School of Law, 2004, página 146, nota 17.

[39] Monroy Gálvez, Juan, *Teoría General del Proceso*, Editorial Palestra, tercera edición, 2009, página 11, nota 1.

[40] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, páginas 48 y 51.

[41] Piedrabuena Richard, *Reflexiones Sobre la Casación*, obra citada, página 24.

B. De causas de prácticas jurídicas operativas de la Corte Suprema:

(a) "excesivo rigor con que la Corte ha evaluado el cumplimiento de los requisitos formales en la interposición del recurso, lo que ha llevado a que se declaren inadmisibles más del 50% de los recursos deducidos"[42]; por ejemplo, en el año 1988, la Corte Suprema declaró, por razones formales, la inadmisibilidad del 53% de los recursos de casación de fondo fallados[43];

(b) "la compleja y sofisticada posición de la Corte de Casación en cuanto a cuál es la norma legal que debe darse por infringida, lo que ha constituido las casaciones en verdaderos laberintos jurídicos..."[44]; y

(c) "el empleo escasísimo por la Corte de la facultad de casar en el fondo de oficio"[45], instaurada –con la venia de la Corte Suprema– por el Decreto Ley N° 1.682, de 1977[46].

En síntesis, puede concluirse en que el diseño legal de la casación de fondo, en particular a partir de 1953, así como las prácticas jurídicas de la Corte Suprema, se confabularon hasta 1994, para privar al arbitrio de derecho de las sanas finalidades –recta e igual interpretación y aplicación de la ley– que les eran propias.

IV. Actualidad de la casación chilena (1994/2009)

La realidad que se viene describiendo, que en general resultaba decepcionante, originó grave preocupación en los círculos jurídicos chilenos, que dio lugar a profundos exámenes y a motivantes iniciativas, puesto que, como lo reseñó el destacado jurista don Eugenio Valenzuela Somarriva: "Las causas del deterioro... no deben desanimarnos, sino, por el contrario, alentarnos a que con estudio y coraje procuremos un cambio radical en la organización y funcionamiento de la Corte Suprema"[47].

En efecto, fue de estos estudios que surgió el Proyecto de Ley iniciado en mensaje de 12 de noviembre de 1992 del Presidente de la República, "relativo a

[42] Valenzuela Somarriva, Eugenio, trabajo citado, página 156.
[43] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, página 51.
[44] Valenzuela Somarriva, Eugenio, trabajo citado, página 156.
[45] Valenzuela Somarriva, Eugenio, trabajo citado, página 156.
[46] Algunos de estos pocos casos pueden consultarse en Piedrabuena Richard, Guillermo, *Reflexiones Sobre la Casación*, página 36, nota 28.
[47] Trabajo citado, página 156.

la composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y que modifica los recursos de queja y de casación"; no se advertía en el máximo tribunal, al principio, entusiasmo por esta iniciativa; en efecto, el Senado le dirigió un oficio recabándole su parecer, pero transcurrieron más de cuatro meses sin que se hubiera recibido respuesta, de modo que se le dirigió nuevo oficio con fecha 24 de marzo de 1993, que fue esta vez respondido, el día 23 de abril de 1993.

La **idea básica** del proyecto presidencial, conforme la expuso el asesor del Ministerio de Justicia, abogado don Jorge Correa Sutil, consistía en limitar el ámbito del recurso de queja, por una parte, y en asignar el conocimiento de los recursos de casación a salas especializadas, por la otra, para así "promover una profunda modernización en el Poder Judicial y, en especial, en su máximo tribunal, la Corte Suprema, tanto en su organización como en las materias y procedimientos que le incumben..."; "lo que se busca es devolver a la Corte Suprema el rol que le fuera asignado en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875 y en el Código de Procedimiento Civil y que consiste en ser un órgano creador de jurisprudencia estable y fundada, para así fortalecer los principios de igualdad y de certeza jurídica; permitir el cuidado y actualización del derecho, y, en definitiva, asentar el poder de los Tribunales en su rol más propio de fijar el sentido y alcance de las normas jurídicas"; "señaló que entre los abogados es común la apreciación crítica de que la Corte Suprema se ha apartado de este rol, perdiendo así parte de la fuente de su autoridad, para constituirse en una tercera instancia que, por la vía del recurso de queja, resuelve sin necesidad de mayor fundamentación, en una justicia de equidad, que suele recibir críticas por su excesivo carácter discrecional"; "un estudio estadístico de las causas ingresadas a la Corte Suprema en el período 1985/1989 permite apreciar que, en 1985, de un total de 5.272 causas, 2.499 correspondieron a recursos de queja y 804 a recursos de casación, y que, en 1989, de un total de 4.708 causas, 2.325 fueron quejas y 573 casaciones".

Fue así que el proyecto presidencial contempló las siguientes **ideas específicas**[48]:

Limitación a la procedencia del recurso de queja

Se "limita la procedencia de los recursos de queja, porque, siendo éste un recurso disciplinario, en la práctica ha distorsionado el sistema procesal y la función jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que se

[48] Se exponen en el texto en conformidad con la exposición formulada por el asesor del Ministerio de Justicia don Jorge Correa Sutil ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, del Senado.

interpone en vez de otros recursos procedentes, recargando el trabajo de las Cortes"; "estos recursos son fallados sin consignarse extensamente los fundamentos de las resoluciones y sin que sea escuchada la contraparte en el pleito, lo que vulnera la bilateralidad de la audiencia, atenta en contra de la igualdad y certeza jurídica y priva al sistema de un órgano que fije la jurisprudencia"; "se establece que el recurso de queja sólo procederá cuando no exista o no proceda otro recurso que permita subsanar la resolución dictada con falta o abuso que deba conocer el tribunal respectivo"; "si el recurso es acogido, debe dictarse sentencia debidamente fundada, y que, en este caso, el tribunal sentenciador estará obligado a sancionar disciplinariamente al juez o jueces recurridos, a lo menos con censura por escrito".

Especialización de las Salas de la Corte Suprema

"...el proyecto plantea la especialización de las salas de la Corte Suprema, correspondiéndole a la primera sala conocer los asuntos civiles; a la segunda, las cuestiones criminales; a la tercera, las laborales y previsionales, y a la cuarta, los restantes negocios"; "con esta reforma se persigue, por una parte, avanzar hacia la uniformidad de la jurisprudencia en las diversas materias de que debe conocer el máximo tribunal, evitando los fallos contradictorios en una misma materia y, por otra, mejorar la eficacia del trabajo de la Corte Suprema".

Normas destinadas a facilitar la interposición del recurso de casación en el fondo y a hacer más expedito y menos formalista su examen de procedencia

"Hizo presente, en primer término, que los recursos de casación representan alrededor del 9% del trabajo de la Corte Suprema, señalando que de ese total, menos del 5% es acogido y aproximadamente el 60% es declarado inadmisible"; "puso de relieve, enseguida, que el proyecto facilita la interposición del recurso de casación en el fondo y hace más expedito y menos formalista su examen de procedencia, señalando que su vinculación con el objetivo general, ya descrito, parece obvia, toda vez que la casación es el instrumento más idóneo para desarrollar la función jurisprudencial que se quiere fortalecer"; "destacó que al regularse los requisitos que deben cumplir la presentación que interpone el recurso, se elimina el requisito de tener que señalar expresa y determinadamente las leyes infringidas"; "manifestó que se dispone, asimismo, que la omisión de fijación de la cuantía hace presumir que el negocio es de aquellos en que procede el recurso de casación en el fondo, a diferencia de lo que sucede actualmente"; "añadió que se elimina la exigencia de la consignación, que hoy equivale a un 1% de la cuantía del negocio, con un máximo de una Unidad Tributaria Mensual, y que se suprime la condena en costas subsidiaria al abogado y al procurador".

Finalmente, en el debate de la Comisión Mixta, por la unanimidad de los sena-

dores señora Feliú y señores Diez, Hamilton, Larraín y Sule, y de los diputados señores Chadwick, Elgueta, Espina, Luksic y Viera-Gallo, se aprobó una cuarta idea específica:

Rechazo inmediato del recurso de casación de fondo por manifiesta falta de fundamento

En efecto, se acordó que la misma sala que conociere de la admisibilidad formal, aun cuando se reúnan los requisitos propios a ésta, puede rechazar la impugnación de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento; es de interés destacar que este examen consiste en "una indagación no meramente superficial, pero tampoco de penetrante exégesis crítica, encaminada como está a descubrir *in limine*, a través de la sobria investigación, el *fumus bonis juris*, o sea, la efectiva controvertibilidad en derecho, por apreciabilidad de argumentos o de dudas, de la cuestión"[49].

Estas **cuatro ideas específicas**, que han quedado descritas en lo sustantivo y cuyo análisis de detalle dogmático no es propio de un trabajo de la naturaleza de este texto, fueron en definitiva aprobadas y quedaron incorporadas en la preceptiva de la Ley N° 19.374, promulgada el día 13 de febrero de 1995, que modificó, en lo pertinente, diversos preceptos del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil; a ellas se añadió poco más tarde la reforma constitucional promulgada el 22 de diciembre de 1997[50], que aumentó la cantidad de ministros de la Corte Suprema al número de veintiún miembros.

Fue con estas modificaciones normativas, adoptadas después de concienzudos estudios y debates, que pudo concretarse la modernización de la Corte Suprema, que permitió fijar, como su rol esencial, la función de conocimiento y decisión del recurso de casación, que, en su especie de fondo, permite que la institucionalidad cuente con un órgano judicial destinado a verificar la recta y uniforme interpretación de la ley por los jueces de las instancias, toda vez que se limitó la procedencia del recurso de queja a la impugnación de las resoluciones que no pudieren ser reclamadas por otra vía; permitió igualmente establecer salas diferenciadas para el conocimiento de recursos incidentes en ámbitos jurídicos diferentes, de modo que pueda establecerse una jurisprudencia de mayor estabilidad y de menor contradictoriedad; permitió también morigerar sensiblemente el formalismo, carente de todo sentido, que había imperado con antelación en materia de admisibilidad de manera tan extrema que las declaraciones de inadmisibilidad se habían elevado desde un 10%, en

[49] Eula, Ernesto, *Magistratura e Constituzione*, citado por Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Librería El Foro, 1996, Volumen III, página 369.
[50] Ley N° 19.541.

1969, a un 56,6%, en 1989; y, finalmente, en una reforma que ha demostrado la mayor utilidad práctica, se permitió que el máximo tribunal, en la misma oportunidad en que conociere acerca de admisibilidad, rechazare de inmediato el recurso de casación en el fondo en todo caso en que, en opinión unánime de sus miembros, padeciere de una falta de fundamento manifiesta.

Lo cierto es que la modernización relatada, que ha operado durante casi **quince años**, ha exhibido notables beneficios, debiendo añadirse –a las lúcidas alteraciones legales– un evidente y progresivo perfeccionamiento de las prácticas jurídicas operativas de las salas de la Corte Suprema que los abogados de intenso ejercicio profesional podemos advertir notoriamente.

La revisión de los factores de deterioro –detallados supra– que había experimentado el recurso de casación en el fondo hasta 1994 permite arribar a las siguientes conclusiones:

Estabilidad de la jurisprudencia

El examen sustantivo de los fallos de casación de cada sala de la Corte Suprema[51] permite constatar no sólo una clara estabilización de la jurisprudencia, sino, además, en especial en los últimos años, una especial preocupación de sus ministros por citar los fallos precedentes de la sala respectiva, así como, en evento de cambio de opción interpretativa, por fundar debidamente la alteración, incluso cuando se trata de variación de criterios de un mismo ministro[52].

Es claro que, en la medida en que las distintas salas deben aplicar frecuentemente unas mismas normas de Derecho Común, subsisten criterios diversos entre ellas, y que la superación de la deficiencia de uniformidad es deseable; pero es igualmente evidente que los litigantes pueden esperar un grado razonable de uniformidad en los fallos de una misma sala; es obvio, igualmente, que el cambio de actitud de los ministros del máximo tribunal, en cuanto muestran suficiente conciencia de su función estabilizadora en obsequio de la garantía de igual trato, ha sido categóricamente demostrado.

Lapso de sustanciación

Para la elaboración de este trabajo sobre la base de datos de la concreta realidad, hemos examinado[53] la totalidad de los fallos dictados por la Corte Suprema durante el mes de octubre de 2009.

[51] El autor cuenta con un repertorio de jurisprudencia de la Corte Suprema, elaborado desde el año 2000, con distinción de disciplinas jurídicas, inédito.
[52] Por ejemplo, Sala Civil, autos Rol N° 6782/08.
[53] Ver Anexos N°s 1 a 5, elaborados por la Sra. Tania Busch Venthur, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción.

Esta muestra arroja que el máximo tribunal tarda en promedio 34,1 días en declarar la inadmisibilidad del recurso de casación en el fondo y 29,9 días en rechazarlo de inmediato por manifiesta falta de fundamento, de modo que, correspondiendo la inadmisión (12,58%) y el rechazo inmediato (47,85%), al 60,43% de la totalidad de las impugnaciones de fondo ingresadas, es posible concluir que el recurso de casación en el fondo, en el 60% de los casos ingresados, introduce al proceso una dilación que no excede de algo más de 30 días, debiendo destacarse que, en la segunda modalidad, el caso planteado a la Corte Suprema obtiene una decisión sustantiva y no meramente formal; es entonces palmario que la reforma de la Ley N° 19.374 ha traído grandes beneficios, excluyendo de la sede casacional de fondo un conjunto muy relevante de impugnaciones, que no merece lata sustanciación y que sólo introduciría distorsiones en el sistema, que se halla diseñado para el tratamiento de planteamientos de derecho formulados con suficiente argumentación de fondo.

La misma muestra exhibe que el más alto tribunal demora en promedio 329,9 días **(10,96 meses)** en rechazar –previa vista de la causa– los recursos de casación en el fondo, tipo de respuesta que alcanza al 28,77% de los casos ingresados; 381,9 días **(12,73 meses)** en acogerlos, modalidad de pronunciamiento que arriba al 10,43% de los casos ingresados; y 548 días **(18,26 meses)** en casar en el fondo de oficio, tipo de decisión que arriba al 0,37% de los casos ingresados.

Es claro que estos tiempos, que en promedio no exceden de 360 días (12 meses), se comparan muy favorablemente con los lapsos que informó la desarrollada Unión Europea, respecto del año 1996, que alcanzaron, en Portugal, a 0,75 años, en Austria a 0,91 años, en Alemania, Italia y Bélgica, a 2,5 años, en España a 3 años y en Francia a 5,41 años.

Resultado operacional

Los datos estadísticos proporcionados por el Poder Judicial[54] demuestran que ingresaron a la Corte Suprema, en el año 2007, **303** recursos de casación de fondo por mes, y, en el año 2008, **370** arbitrios del mismo tipo por mes, cantidades en las que hay que incluir deserciones y desistimientos; si se comparan estas cifras con los **278** fallos de casación de fondo dictados por el máximo tribunal en el mes de octubre de 2009, que debe corregirse con las deserciones y desistimientos que no incluye, puede concluirse que la Corte Suprema se acerca notoriamente a una gestión operacional capaz de no dejar remanentes; obje-

[54] http://www.poderjudicial.cl/info_general/discurso2009/1-2009.pdf.

tivo que puede lograrse con alteraciones administrativas de escasa relevancia.

No podría escribirse actualmente en Chile lo que el ilustre profesor argentino Augusto Morillo detalló recientemente respecto de las dramáticas situaciones española, italiana y argentina[55].

Índice de acogimiento

También es de interés anotar que el índice de acogimiento de recursos de casación de fondo ingresados, que arriba al **10,43%** de los casos en el período examinado de octubre de 2009, se compara favorablemente con los datos que arrojaba el período precedente a la reforma de la Ley N° 19.374; en efecto, este índice fue de 9,39% en 1981, 9,01% en 1982, 8,6% en 1983, 7,2% en 1984, 8,10% en 1985, 7,32% en 1986, 7,47% en 1987, 9,33% en 1988 y 8,86% en 1989, de manera que el promedio de acogimiento del período 1981/1989 alcanzó sólo a 8,36%[56].

Es interesante precisar que el índice de acogimiento, en el período examinado de octubre de 2009, fue de **18,29%** en la **Primera Sala (Civil)**, de **5,26%** en la **Segunda Sala (Penal)**, de **19,44%** en la **Tercera Sala (Constitucional)**, de **4,46%** en **materia laboral** en la **Cuarta Sala**, y de **4%** en **materia de familia** en la **Cuarta Sala**.

Plausible grado de acceso sustantivo a la tutela de derecho

El índice de **inadmisibilidad formal**, en el período examinado de octubre de 2009, alcanza sólo al **12,58%** de la totalidad de los casos fallados, guarismo que se compara muy favorablemente con los alcanzados en el lapso 1981/1989, que fueron de 34,94% en 1981, 48,42% en 1982, 46,13% en 1983, 43,98% en 1984, 56% en 1985, 56,48% en 1986, 53,51% en 1987, 43,40% en 1988 y 56,56% en 1989, lo que arroja un promedio de 48,82%[57].

Es interesante anotar que el índice de inadmisibilidad formal, en el período examinado de octubre de 2009, fue de **13,41%** en la **Primera Sala (Civil)**, de 42,10% en la **Segunda Sala (Penal)**, de **11,11%** en la **Tercera Sala (Constitucional)**, de **8,03%** en **materia laboral** en la **Cuarta Sala**, y de 12% en **materia de familia** en la **Cuarta Sala**.

Limitación al recurso de queja

[55] *La Casación*, Editorial Abeledo Perrot, segunda edición actualizada, 2000, páginas 79 y siguientes.
[56] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, página 51.
[57] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, página 51.

Las limitaciones impuestas por la Ley N° 19.374 han sido claramente respetadas por la Corte Suprema, de manera que los litigantes interponen recursos de queja, en general, únicamente en los casos en que no es admisible otro arbitrio ordinario o extraordinario; es así que, en el año 2008, ingresaron **432 recursos de queja (8,86%)**, en tanto que en el mismo año ingresaron **4.443 recursos de casación en el fondo (91,14%)**[58]; de modo que es evidente que el máximo tribunal ha concentrado su rol jurisdiccional en el conocimiento y decisión del recurso de derecho, y la jurisdicción de equidad –instaurada al margen del debido proceso– no es más que un triste recuerdo.

V. Conclusión acerca de la actualidad de la casación chilena (1994/2009)

En nuestro concepto, por las razones legales, doctrinarias y empíricas que se han expresado, el acucioso esfuerzo que originó la reforma procesal de la Ley N° 19.374, amén de un evidente cambio en la actitud de los ministros de nuestra Corte Suprema, ha producido exitosos frutos, en términos tales que ha concentrado su actividad jurisdiccional en el conocimiento de la impugnación de derecho que le es propia, asegurando razonablemente a los litigantes tanto la primacía de una recta interpretación de la ley, cuanto la igualdad de trato judicial.

En nuestro concepto, y sin perjuicio de lo expresado, son necesarios dos tipos de modificaciones:

1ª El recurso de casación de fondo debe admitir la reclamación frente a toda infracción de fuente formal de derecho, como ocurre en otras naciones, y no únicamente de la ley, como lo previene en Chile el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil[59];

2ª La fluidez de la sustanciación del recurso de casación de fondo exige una alteración de las reglas sobre redacción de fallos, cometida por el artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales necesariamente a un ministro, sin contemplarse legalmente apoyos técnicos; un respetado medio de comunicación ha expresado recientemente en su página editorial que en los hechos la redacción

[58] http://www.poderjudicial.cl/info_general/discurso2009/1-2009.pdf.

[59] Puede verse en este sentido, por ejemplo, Romero, Alejandro; Aguerrizabal, Maite, y Barahona, Jorge, "Revisión Crítica de la Causal Fundante del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Civil", en *Reforma al Poder Judicial*, Universidad Adolfo Ibáñez y Libertad y Desarrollo, 2007, páginas 175 y siguientes. Además, otra doctrina ha planteado que entre nosotros debiera admitirse la casación de fondo aun por infracción de principios generales de derecho, extensión cuyo análisis nos reservamos por ahora (Domínguez Aguila, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia, Casación en el Fondo sólo por Infracción de Ley", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N°s 217/218, 2005, páginas 305 y siguientes).

queda entregada a relatores, que probablemente –suponemos– obran bajo la dirección del ministro asignado a la redacción del acuerdo; si ello es así, convendría regular tal apoyo técnico y dotar a la Corte Suprema de asistentes suficientes a estos efectos, sin perjuicio de la dirección estricta y cautelosa del ministro encargado de la redacción del falllo, lo cual, sin duda, otorgaría al máximo tribunal la posibilidad de un cumplimiento de sus funciones legales más expedito y de mejor calidad.

VI. ¿Réquiem de la casación de fondo?

Sorprendentemente, el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, sin expresar, en las consideraciones del Mensaje, razones al efecto, y pese al mejoramiento surgido de la reforma de la Ley N° 19.374, propone abrogar en Chile la institución de la casación de fondo, que sustituye por otro arbitrio, que denomina recurso extraordinario, cuya regulación propone en sus artículos 353 y siguientes.

VI.1. Origen doctrinario inmediato de la abrogación propuesta y del modelo básico del recurso extraordinario diseñado

Si se buscan los motivos de la abrogación, parece que deba acudirse a la doctrina del respetado procesalista Raúl Tavolari Oliveros que, en ponencia presentada al seminario internacional "Pensando Una Nueva Justicia Civil", llevado a cabo en la Universidad de Talca el 16 de agosto de 2006, bajo el epígrafe "Recursos: ¿Será hora de derrumbar mitos?"[60], desarrolló una intensa crítica al estado actual de la práctica de la casación chilena, para, seguidamente, plantear las que claramente constituyen algunas de las bases fundamentales del recurso extraordinario que figura normado en el proyecto de ley sometido por la Presidenta de la República al Congreso Nacional.

Quisiera, ante todo, describir las críticas y la propuesta básica del profesor Tavolari Oliveros:

1ª Sostiene que "...la jurisprudencia de la Corte Suprema **reiteradamente** inadmite recursos por la simple circunstancia de no haber señalado el recurrente como infringida una disposición legal, esto es, por no haber mencionado el número de un artículo..."[61];

2ª Recuerda "...la singular interpretación que ha conducido a declarar, sin ninguna excepción, que la circunstancia de hacerse valer causales incompati-

[60] "Bases y Criterios Para el Nuevo Proceso Civil Chileno", en *Proceso Civil, Hacia una Nueva Justicia Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, páginas 35 y siguientes.
[61] Trabajo citado, página 48.

bles conduce al inmediato rechazo de la casación, en razón de constituir ella un 'recurso de derecho estricto', críptica fórmula suprema permanentemente invocada, pero que no consigue explicar la causa por la cual si la ley –art. 17 del Código– permite deducir pretensiones incompatibles para ser materia del juicio mismo, por qué motivo en una cuestión menor de ese propio juicio –un simple recurso– no se podrían hacer valer causales incompatibles"[62];

3ª Anota las palabras de Calamandrei que, **en torno a la distinción entre el enjuiciamiento de hecho, no impugnable en casación de fondo, y el enjuiciamiento de derecho, sí impugnable en esta sede**, la calificó, en su operatoria práctica en la casación italiana, como si pareciera "expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto", preguntándose "si la primera responsable de la reducción de la justicia a un juego de lógica formal, no es precisamente la Corte de Casación que casi desdeñando el impuro contacto de los casos controvertidos, por excesivo amor a la pureza lógica, llega a una fabricación en serie de abstractas premisas mayores que obligan a los jueces de reenvío a concluir el silogismo en contraste con las exigencias de la realidad, a menudo con las de sus conciencias"[63]; en este contexto, agrega Tavolari Oliveros que "de siempre, nuestra Corte fue impermeable a los intentos de generar la mencionada casación 'bastarda', lo que llevó a que, ante la situación angustiosa que se producía, el legislador introdujera, en la década de los 40 del siglo pasado, como causal de casación en el fondo, la de haber incurrido el fallo en infracción de las leyes reguladoras de la prueba, abriendo así una puerta de esperanza a la actividad impugnadora real de lo resuelto", pero "el resultado no fue del todo satisfactorio, porque, a poco andar, se comenzó a exigir que a la causal se adicionara, necesariamente, otra, y luego porque, trasladada la idea al campo civil, aunque en general la Corte –siguiendo los más clásicos modelos que distinguen entre cuestión de hecho y cuestión de derecho– evita entrar a revisar el establecimiento de hechos efectuado por los tribunales de la instancia, de tarde en tarde algunas interpretaciones resultan tan discutibles que el intérprete no puede menos que estimar que la Corte ha buscado un pretexto para revocar una sentencia con cuya idea de justicia no comulgaba"[64];

4ª "... sigue campeando un **formalismo hermenéutico casacional inimaginable** que no vacila en reproducir los excesos de cuarenta años atrás y que provoca gravísimas consecuencias"; "constituye una formidable brecha de inseguridad jurídica: el litigante ignora si –de haber incurrido en lo que al tribunal parezca una omisión– tal conducta representará la declaración de inadmisibilidad de

[62] Trabajo citado, página 48, nota 32.
[63] Trabajo citado, página 49, nota 34.
[64] Trabajo citado, páginas 50 y 51.

su recurso, desde que en ocasiones se impone la sanción, y en otras se prescinde de ella"; "lo que me resulta más grave es que no me parece que existan argumentos que lleven a un tribunal –quizás el más alto del país– a negarse a ejercer jurisdicción y, por tanto, a brindar la tutela efectiva que corresponde, a pretexto de temas formales de tan escasa consideración como los que anoto"[65];

5ª "**En síntesis**, tenemos un recurso ante el tribunal superior cuyo estatuto legal le impone **enormes limitaciones para su procedencia** y que, todavía más, **se interpreta azarosamente**, sumiendo a los justiciables siempre en la incertidumbre de superar un difícil examen de admisibilidad, y, más tarde, no sólo en la duda que siempre y razonablemente acompaña a toda actividad impugnadora, sino además en otra, representada por el desconocimiento en orden a si el tribunal encontrará, no que el reproche es injusto, sino si en su motivación se ha omitido nombrar un artículo que a la Corte le parezca determinante"[66];

6ª "Es llegada, pues, la hora de pensar –sin temores– en **eliminar la casación y reemplazarla por una simple impugnación** que permita al tribunal superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas en el asunto y que le obligue a fundar debidamente sus resoluciones, sea al acoger el recurso, sea al denegarlo"; añade que:

(a) no puede sostenerse que un recurso de esta especie colapsaría a la Corte, desde que un argumento de esa especie "implícitamente, afirma que la dureza interpretativa formal de la Corte, para declarar inadmisibles o rechazar casaciones erradamente formalizadas, constituye un mecanismo de alivio del trabajo judicial";

(b) invita a "analizar la posibilidad de establecer un **real mecanismo de cerciorati** a fin de que la Corte autodetermine su propia competencia", en términos tales que "desde los inicios, todo litigante sepa que su pretensión será revisada en un régimen de doble instancia..."[67].

VI.2. Detalle de la propuesta de recurso extraordinario del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil

Describiremos, en las líneas que siguen, los contenidos básicos propuestos para el recurso extraordinario planteado en el Proyecto.

[65] Trabajo citado, página 50.
[66] Trabajo citado, página 51.
[67] Trabajo citado, página 51.

Tribunal competente:

Corte Suprema (353).

Objetos del recurso (353, 354, 356):

A. Unificar la jurisprudencia (353.1), subsanando la injusticia notoria con que se hubiere afectado al recurrente, del modo que el tribunal estime procedente en derecho (361.2);

O,

B. Revocar la sentencia impugnada si: (i) se han vulnerado garantías constitucionales (353.2); y (ii) la vulneración es sustancial (353.2).

Requisitos de forma:

A. Recurribilidad de la sentencia (355):

Son recurribles **(i)** sentencias definitivas, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones; y **(ii)** sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones.

Nota:

Es sentencia definitiva (185.2): (i) la resolución que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio; y (ii) la resolución que pone fin al respectivo recurso deducido en contra de una sentencia definitiva.

Es sentencia interlocutoria (185.3): (i) la resolución que falla un incidente; (ii) la resolución que resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o de otra interlocutoria; y (iii) la resolución que se pronuncia sobre un recurso deducido en contra de una resolución diversa a una sentencia definitiva.

B. Interposición del recurso ante tribunal competente:

Debe interponerse directamente ante la Corte Suprema (353.1).

C. Interposición oportuna (356.1):

Debe interponerse dentro de 15 días contados desde la notificación de la sentencia dictada por el tribunal inferior.

D. Interposición formal (356.1):

Escrita.

E. Cumplimiento de exigencias del escrito de interposición (356):

El escrito debe:

Uno. (356.2) Expresar en forma fundada: **(i)** en qué consiste la injusticia notoria con que la sentencia recurrida haya afectado al recurrente; **(ii)** cuál es el interés público del caso; y **(iii)** los motivos que justifican que el tribunal deba avocarse al conocimiento del asunto, ya sea por: **(iii.a)** la necesidad de unificación de jurisprudencia; o **(iii.b)** la vulneración de garantías constitucionales.

Dos. (356.3) Acompañar copia de la sentencia recurrida.

Tres. (356.3) Acompañar una certificación del tribunal inferior en que conste la fecha de notificación al recurrente del fallo impugnado.

Nota:

El escrito puede acompañar un Informe en Jurisprudencia (356.3).

Control de admisibilidad del recurso (358):

A. Resolución de admisibilidad: El tribunal declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen los requisitos formales (358.1). **Oposición del recurrido:** Admitido a tramitación el recurso, el recurrido tendrá el plazo de 10 días para hacer valer las razones por las cuales estima procedente que el tribunal no se avoque al conocimiento del asunto (358.2).

O,

B. Resolución de inadmisibilidad: Si el tribunal estimare que no se cumplen los requisitos formales, lo señalará fundadamente en la resolución que rechace la tramitación del recurso. **Plazo de subsanación:** El recurrente tendrá el plazo de cinco días para subsanar dichos defectos.

Selección previa del caso ("Cerciorati") (359, 360):

La procedencia de la vista del recurso por la Corte Suprema exige que, además de habérsele declarado admisible por cumplir con los requisitos formales, el caso haya sido expresamente seleccionado por el tribunal: **(i)** en razón de: revestir interés público, **(ii)** a juicio de a lo menos tres de sus ministros.

Vista del recurso (360):

Una vez admitido a tramitación y favorablemente seleccionado el caso, la Corte Suprema ordenará sin más trámite el decreto autos en relación para su vista:

A. En la Sala respectiva (360.1).

O,

B. Extraordinariamente, a petición de parte, la Corte Suprema podrá ordenar que el recurso sea conocido por el Pleno, cuando se justificare por la relevancia que tenga la resolución del mismo atendida la trascendencia jurídica del asunto (360.2).

Plazo de fallo (361):

Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado su vista.

Requisitos de fondo de acogimiento del recurso:

A. Concurrencia de injusticia notoria:

Que la sentencia impugnada sea notoriamente injusta para el recurrente (353.1).

B. Concurrencia de motivo justificativo (353.2, 354, 356.2):

Primer motivo: Necesidad de unificación de jurisprudencia (354):

Que: **(i)** la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme; **(ii)** la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí; **(iii)** no existiere jurisprudencia sobre la materia; o **(iv)** nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial.

O,

Segundo motivo: Violación sustancial de garantías constitucionales:

Que la sentencia impugnada: **(i)** vulnere garantías constitucionales (353.2); y **(ii)** la vulneración sea sustancial (353.2).

Definición de función de la Corte Suprema en el recurso extraordinario por motivo justificativo de necesidad de unificación de jurisprudencia:

Preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales

del país en virtud del recurso extraordinario (354).

Contenido del fallo del recurso (361):

A. Sea que acogiere o no el recurso, el tribunal deberá exponer: **(i)** los fundamentos que sirvieren de base a la selección del caso; **(ii)** las razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia en su caso; y **(iii)** la decisión definitiva del asunto (361.2).

B. Ordenará lo que estime procedente en derecho para subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido (361.2).

Nota:

Los contenidos descritos en esta regla legal son los propios en lo concerniente al recurso por el primer motivo justificativo (necesidad de unificación de jurisprudencia). La regla del artículo 356.2 (..."ya sea"...), **demuestra fuera de toda** duda que el segundo motivo justificativo (vulneración de garantías constitucionales) **es alternativo**; pero la regla no explicita los contenidos del fallo en este caso.

Carácter del fallo de la Corte Suprema (353.1):

Irrecurrible.

Publicación de la sentencia (362):

La sentencia que falle un recurso extraordinario deberá ser publicada en la Página Web del Poder Judicial, conteniendo: **(i)** especialmente un extracto de la doctrina jurisprudencial que se haya establecido con motivo del fallo; y, **(ii)** señalamiento nominativo de los ministros redactores de los votos de mayoría, de minoría y quienes solamente concurrieron a la vista y acuerdo, sin haber intervenido en la redacción.

Efectos de la interposición del recurso (357):

No suspende los efectos de la sentencia recurrida, salvo que:

A. Su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la sentencia que se dicte si se acoge el recurso, decidiendo en este caso el tribunal, de manera fundada, previa petición de parte, la suspensión del cumplimiento del fallo, de sus efectos, o de ambos.

B. El tribunal decrete orden de no innovar, de plano o previo traslado al recu-

rrido que hubiere comparecido ante ella.

VI.3. ¿Tiene sentido abrogar la casación de fondo?

Parece extraordinariamente singular que propongamos en Chile la abrogación de un medio de impugnación como la casación de fondo que, bien en su modelo clásico francés, bien en el modelo español que exhibe matices distintivos, bien en la modalidad de la revisión alemana, lo cierto es que se aplica en naciones desarrolladas como Francia, Italia, España, Austria, Alemania, y encuentra cimiento en una frondosa doctrina dogmática y jurisprudencial, que contribuye notoriamente a la pretensión de certeza de los litigantes; y que por otra parte tiende a la realización de los derechos fundamentales de garantía de los derechos –juridicidad– y de igualdad de trato; y lo hace eficazmente, en **Chile**, como lo demuestran, verbigracia, las nada menos que **treinta sentencias anulatorias dictadas por la Corte Suprema en el mes de octubre de 2009.**

Estas solas razones técnicas y empíricas debieran conducir, a priori, a oponerse a la abrogación de la casación, a menos que la propuesta se halle fundada en motivos demostrables y demostrados.

No compartimos las críticas formuladas por el profesor Tavolari Oliveros a la operación empírica actual de la casación de fondo en Chile, **al menos en una intensidad que justifique la abrogación que propusiera en su ponencia al seminario talquino de 2006**, por las razones que pasamos a expresar:

1ª Es cierto que la Corte Suprema suele declarar inadmisibles por insuficiente explicación de error de derecho aquellas impugnaciones de fondo que omiten denunciar la infracciones de leyes decisorias de la litis, puesto que se ha resuelto que "el recurrente de casación en el fondo, al describir el error de derecho que esgrime, **debe denunciar la vulneración de las disposiciones substantivas que establecen o regulan el derecho discutido en el juicio**, aunque aquél incida directamente en otras normas, reguladoras de la prueba o de otra especie, que, por sí solas, no deciden la litis", añadiendo que "si el recurrente no procede así, **el eventual error carece de influencia en lo dispositivo del fallo** y el recurso debe ser desestimado, toda vez que las normas decisorias de la litis deberían igualmente entenderse a todo evento bien aplicadas, sin que el tribunal de casación pueda alterar esta aplicación"[68]; empero:

(a) con esta doctrina la Corte Suprema no hace más que aplicar las reglas legales contenidas en los artículos 767 y 772 del Código de Procedimiento

[68] Por ejemplo, véanse los fallos dictados en los autos Roles N°s 268/03, 391/03, 2967/02, 3143/02, 798/03, 880/03, 4542/02, 1609/03, 3578/02, 325/04, 416/04, 1005/04, 870/06, 3172/07, 7025/09, 6798/09, 4819/09.

Civil, desde que, por mucho que con la Ley N° 19.374 se haya simplificado el acto de interposición del recurso, los preceptos aquellos exigen la explicación del error de derecho que se denuncia, esto es, del modo en que se han vulnerado las leyes que se reclaman infringidas, **vulneraciones que han de incidir sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado**; y es que **una cosa es simplificar la impugnación en casación de fondo, que continúa siendo un recurso de derecho, y otra diversa es vulgarizarla**;

(b) la Corte Suprema, actualmente, no aplica esta exigencia del modo pretérito, calificado con justicia como absurdo, sino que la esgrime acertadamente en supuestos obvios y claros, en que el defecto de la impugnación de fondo es de responsabilidad del recurrente; es así que ha decidido:

– Si las liquidaciones lo son de Impuesto a la Renta, no basta con que el contribuyente que recurre denuncie la vulneración de normas de la Ley N° 18.320, o de normativa probatoria, sino que debe denunciar, además, la vulneración de las normas legales que establecen o regulan el Impuesto a la Renta (Rol N° 91/03; similares: Roles N°s 2988/02, 2989/02, 1669/03, 1838/03 y 1124/04);

– Si se ha reclamado el valor de la indemnización provisionalmente determinada por causa de expropiación, no basta con que el recurrente denuncie la vulneración de una regla legal que estima reguladora de la prueba, sino que es imprescindible que denuncie, además, la vulneración del artículo 38 del DL 2.186, que precisa el concepto de dicha indemnización y es decisoria de la litis, puesto que si se omite esta última denuncia, la norma en cuestión debe entenderse correctamente aplicada, sin que el Tribunal de Casación pueda alterar esta aplicación (Roles N°s 115/03, 2956/02, 4750/02, 5018/02, 930/03, 1250/03, 1353/03, 1539/03 y 493/04);

– De la lectura del recurso se advierte que en él se han denunciado como infringidos por el fallo únicamente los artículos 9° letra b) del DL N° 2.186 y 318 del CPC; sin embargo, no se señaló como vulnerada la norma básica en este tipo de juicios, que es el artículo 38 del Decreto Ley ya referido, que contiene la Ley Orgánica de Procedimientos de Expropiación; hay que consignar que la norma decisoria litis que se echa de menos en el recurso dispone que cada vez que en la ley indicada se emplee el término indemnización, se ha de entender que se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma; en la especie, no se ha reclamado precisamente del monto de la indemnización fijada por los jueces del fondo, sino que se ha demandado para que se disponga la expropiación total de otra sección del inmueble propiedad del reclamante, porque la expropiación parcial le acarrea un perjuicio patrimonial por la desvalorización consecuencial del saldo no expropiado; sin embargo, si no se estimó vulnerado el citado artículo 38, ello significa que lo resuelto por los jueces del fondo

es lo adecuado, el problema está bien fallado, y no habría error de derecho en la decisión tomada en la sentencia que se intenta impugnar, porque se ha invocado la infracción de normas jurídicas que, por sí solas, no afectan lo resuelto; ello, en efecto, significa que, para el actor, la porción del inmueble cuya expropiación se pidió no carece por sí sola de significación económica, ni se hace difícil o imposible su explotación o aprovechamiento, desde que considera bien aplicado el artículo 38 tanta veces mencionado y satisfecha su aspiración patrimonial con motivo de la expropiación (Rol N° 3894/02);

– Si en un juicio laboral por despido injustificado se reclama de la valoración de la prueba, denunciándose la vulneración de los artículos 455 y 456 del CT, reglas que regulan dicho asunto pero que por sí solas no deciden la litis, pero se omite denunciar la vulneración del artículo 160 del CT, norma legal que es la decisiva del juicio, no concurre influencia en lo dispositivo, por cuanto el Tribunal de Casación no puede revisar o modificar lo decidido en la sentencia impugnada (Rol N° 343/03);

– En el recurso de casación en el fondo se señala que los jueces de segundo grado habrían infringido por errada interpretación el artículo 10 (ex 9°) de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado, por cuanto ellos estimaron que el recurso de reposición allí consagrado no suspendería el plazo para interponer la reclamación consagrada en el artículo 171 del Código Sanitario, por lo que el reclamo habría sido interpuesto extemporáneamente; se agrega que, por las mismas razones, se habrían vulnerado los artículos 38 de la CPE, en relación con sus artículos 19 N° 3 inciso 5° y 63; como puede advertirse, en el escrito en el que se contiene el recurso de casación no se ha señalado como infringida la disposición legal sustantiva que establece el derecho a deducir reclamo ante la justicia ordinaria civil en contra de las multas impuestas por el Servicio de Salud, esto es, el artículo 171 del Código Sanitario; de lo que cabe inferir que la parte recurrente la estimó bien aplicada en el presente caso, cuando la sentencia negó su derecho a reclamar, fundando solamente el recurso en la trasgresión de normas relativas al recurso de reposición y otras sustantivas que, por sí solas, no afectan lo resuelto (Rol N° 5015/02);

– Las inversiones de que se trata fueron gravadas en conformidad a lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la LIR, el primero de los cuales reviste la naturaleza jurídica de norma decisoria litis, y, sin embargo, no fue estimado transgredido por el recurrente, lo que lleva a este Tribunal a tener que considerar que, para éste, se encuentra correctamente aplicado, lo que determina la imposibilidad de acoger el recurso que se analiza, porque aun en el caso de que se concordare con el recurrente en orden a estimarse vulnerada la única disposición invocada, no podría hacerse lugar a la casación anulándose el fallo impugnado, pues no se podría dictar una sentencia de reemplazo, desde que al no darse por violentada

esa disposición, ha quedado determinado que el contribuyente no probó el origen de los fondos con que efectuó las inversiones que se han cuestionado; cabe agregar que tampoco se dieron por vulneradas en él las normas legales que establecen los tributos cursados (Roles N°s 1139/03 y 1070/04);

– El recurrente denuncia la infracción de los artículos 2.514, 2.515 inciso 1° y 2.518 inciso 3° del CC, sosteniendo, en síntesis, que la prescripción civil tiene su causa en la voluntad y un acto del perjudicado, concretamente determinado: la demanda interpuesta ante un tribunal de justicia, agregando que la sola interposición de ella basta para demostrar la voluntad del ofendido para poner término al curso del plazo de extinción de acciones. Cabe señalar, que el recurrente no denuncia el quebrantamiento de norma alguna de aquellas que decidieron la litis, en este caso concreto el artículo 43 de la Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad, de manera que aun cuando existieran los supuestos errores de derecho denunciados, este Tribunal no podría entrar a la revisión del derecho aplicado y decidir de manera distinta a la que se hizo, circunstancia que permite, desde ya, rechazar en esta etapa el recurso de que se trata, por adolecer de manifiesta falta de fundamento (Rol N° 459/04);

(c) Como se ha explicado precedentemente, **con posterioridad a la Ley N° 19.374 los casos de declaración de inadmisibilidad de las casaciones de fondo se han reducido notoriamente, desde el promedio de 48,82% alcanzado en el período 1981/1989[69], a, por ejemplo, el 12,58% de la totalidad de los casos fallados en octubre de 2009**, de modo que la crítica del profesor Tavolari Oliveros se formula con una generalidad que los datos empíricos no respaldan; una extensa práctica en el recurso de casación de fondo nos permite expresar fundadamente que la Corte Suprema aplica, actualmente, de un modo razonable las exigencias formales, sólo para inadmitir impugnaciones que constituyen casos obvios de impugnación defectuosa.

2ª El clásico problema de la difusa diferenciación entre el enjuiciamiento de hecho –no impugnable– y la cuestión de derecho –impugnable–, en la casación de fondo, extensamente tratado por la doctrina especializada[70], **presenta diversas soluciones**, tales como las doctrinas de la absurdidad del fallo, o del error patente, en otras latitudes, que no cabe detallar aquí.

Pero es en el espíritu de estas doctrinas que, entre nosotros, **la Corte Suprema ha utilizado frecuente y razonablemente el instrumento de la casación formal para anular sentencias en múltiples situaciones incidentes en la cuestión de hecho**; así, por ejemplo:

[69] Vargas, Juan Enrique, y Correa Sutil, Jorge, trabajo citado, página 51.

[70] Por ejemplo, entre muchos otros, Guasch Fernández, Sergi, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, Editorial Bosch, 1998; De Midon, Gladys, *La Casación, Control del Juicio de Hecho*, Editores Rubinzal Culzoni, 2001.

– en el caso en que "en la controversia se ha debatido acerca de si la situación de autos queda regulada por el inciso 1° o por el inciso 2° del artículo 669 del CC, de modo que **la circunstancia de si el dueño del terreno, bien el actual, bien sus antecesores, tuvieron o no conocimiento acerca de la edificación por intercero en su propiedad, era trascendente**, con lo que la sentencia debió contener consideraciones a ese respecto, en términos tales que la carencia implica que carece de las consideraciones que la ley le exige, de manera que debe ser declarada nula, procediéndose de oficio"[71];

– en el caso en que "**la sentencia impugnada efectuó una errada interpretación de los hechos de la causa, ya que analizó sesgadamente los antecedentes recopilados**, atribuyendo al Director General de Aguas el reconocimiento de una circunstancia que éste no ha reconocido, sobre cuya base sentó un hecho que la condujo a una conclusión equivocada; **así las cosas, el fallo recurrido no cumple con el requisito de contener consideraciones de hecho, porque las que se estamparon corresponden a circunstancias totalmente desfiguradas**, que no permiten a este tribunal de casación aceptar que se respetó el N° 4° del artículo 170 del CPC; por todo lo anterior, la sentencia de que se trata incurrió en la causal de nulidad formal del N° 5° del Código previamente aludido, en relación con el N° 4° del artículo 170, también aludido; dicho error influyó substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, porque merced a él se acogió una reclamación improcedente, convalidando con ello un procedimiento de un particular, llevado a cabo en condiciones que no pueden ser aceptadas; dicho vicio no puede subsanarse sino mediante la invalidación de tal resolución, lo que esta Corte hace de oficio, por las razones anotadas"[72];

– en el caso en que "de la lectura de los fallos de primer y segundo grado, **se advierte que el tribunal sólo hace una estimación general de la prueba rendida, pero no realizó un análisis y ponderación de las probanzas**, en concordancia con el auto de prueba que fue fijado en autos, omisión que se advierte en el considerando octavo de la sentencia de primera instancia, que se limita a transcribir lo dicho por los testigos, por lo que el fallo será invalidado"[73] (5125/02);

– en el caso en que la sentencia "incurre en el vicio de casación de forma previsto en el artículo 768 N° 5° del CPC, en relación con su artículo 170 N° 4°, la sentencia de la Corte de Apelaciones que desecha la demanda de precario, por no estar acreditada la tenencia del demandado respecto de la cosa que

[71] Rol N° 4487/02.
[72] Rol N° 1041/04.
[73] Rol N° 5125/02.

es objeto de la acción, puesto que **el referido fallo omite analizar la prueba pericial que concluye en esa tenencia**"[74];

– en el caso en que "el fallo recurrido no cumple el requisito previsto en el N° 4° del artículo 170 del CPC, toda vez que la Corte de Apelaciones, al revocar el fallo de primer grado y rechazar la demanda, **omitió toda consideración y análisis sobre las razones por las cuales, en su concepto, la presunción legal del inciso 2° del artículo 199 del CC no es grave**, puesto que la gravedad de la presunción viene dada por la misma ley, de suerte que si la sentencia del tribunal de alzada señala, como lo hace, que tal presunción no reúne tal carácter de gravedad, debe entregar las razones en que fundamenta tal aserto, lo que de ninguna manera ha sucedido en la especie, de modo que se acogerá el recurso de nulidad de forma impetrado por la demandante"[75];

– en el caso en que "**el fallo que se revisa no hizo consideración alguna respecto del interés que debe tener aquella parte que solicita la nulidad absoluta de acuerdo al artículo 1683 del CC**; sólo hace consistir el interés en una eventual calidad de heredero aparente del actor, no analizando que tal interés debió traducirse en obtener la posesión efectiva de la herencia de la vendedora o deducir la acción de petición de herencia respectiva, lo que no hizo el actor, luego no cumplió el requisito exigido para impetrar la nulidad; de este modo, al haberse omitido toda reflexión acerca del aspecto señalado, se cometió el vicio previsto en el N° 5° del artículo 768 del CPC en relación con el artículo 170 N° 4° del mismo cuerpo legal, esto es, las consideraciones de hecho que sirven de fundamento al fallo, de modo que este tribunal está facultado para invalidar de oficio la sentencia de que se trata[76];

– en el caso en que "el fallo recurrido no cumple con este requisito toda vez que la Corte de Apelaciones, al revocar el fallo de primer grado y rechazar la demanda, **no expresa razón alguna que lleve a restar mérito probatorio a los documentos que se leen a fs. 108 y fs. 194 y a los que ya se ha hecho referencia**; en efecto, la sentencia se limita a afirmar en su motivación 5ª que el documento que indica pone en duda lo aseverado en aquellos agregados a fs. 108 y 194 que dan cuenta que la vivienda no contaba con recepción municipal, lo que importa el no hacerse cargo de ninguna manera del valor probatorio que dichos instrumentos tienen, como emanados de una institución pública como lo es la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Concepción y que dan cuenta, precisamente, de lo que la Corte pone en duda, a saber, que el inmueble arrendado carece de recepción municipal definitiva"[77];

[74] Rol N° 5061/02.
[75] Rol N° 145/03.
[76] Rol N ° 3345/02.
[77] Rol N° 4213/02.

– en el caso en que "la sentencia, de acuerdo con el artículo 170 N° 4° del CPC, en relación con los números 5° y 6° del Auto Acordado de esta Corte de 30 de septiembre de 1920, debe contener las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento; en la especie, **el fallo recurrido no cumple con este requisito toda vez que la Corte de Apelaciones, al confirmar el fallo de primer grado, no expresa razón alguna que lleve a preferir el contrato acompañado por el demandado por sobre aquel que, al deducir la demanda, acompañó la actora**; simplemente se dijo, como se dejó constancia en la letra d) del motivo primero de esta sentencia, que habiéndose agregado a los autos dos contratos, apreciándose la prueba en conciencia, se prefería el del demandado, sin consignar las razones que llevaron al tribunal a tomar tal decisión; la omisión anotada constituye el vicio de casación formal establecido en el artículo 768 N° 5° del CPC y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 775 del mismo texto legal, se anulará de oficio la sentencia recurrida"[78];

– en el caso en que "se invalida de oficio la sentencia dictada en juicio de alimentos mayores que confirmó el fallo de primer grado que condenó a pagar pensión alimenticia al demandado, con declaración de rebaja de su monto, puesto que **la sentencia bajo examen no proporciona fundamento alguno para la referida disminución**, sino que se sustenta en los mismos argumentos que habían servido al fallo apelado para establecerla en una cantidad mayor, de modo que adolece del vicio previsto en el N° 5° del artículo 768 del CPC"[79];

– en el caso en que "es nula la sentencia de la Corte de Apelaciones que aplica la regla de prescripción del inciso 1° del artículo 2522 del CC a un contrato de confección de una obra material mueble, relativa aquélla a los artesanos que venden al menudeo, porque **si bien contiene consideraciones atinentes a la calidad de artesano del actor, no tiene fundamentos que demuestren que éste vendió al menudeo**, de manera que carece de las consideraciones que exige el N° 4° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil"[80];

La Corte Suprema ha concebido, además, otras soluciones, por la vía de la casación en el fondo, no sólo por infracción a las leyes reguladoras de la prueba, sino también en el sistema de apreciación conforme a la sana crítica, al resolver, por ejemplo:

– "En el sistema de apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica, **los sentenciadores del fondo son soberanos, a menos que hayan procedido con desatención de las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas**

[78] Rol N ° 3774/02.
[79] Rol N° 4773/02.
[80] Rol N ° 4347/02.

o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o desestimar la eficacia de tales probanzas"[81];

– "Conforme lo razonado, **se ha verificado en el fallo atacado la hipótesis que posibilita a esta Corte intervenir los hechos establecidos por los jueces de la instancia como consecuencia de haber incurrido éstos, al asentarlos y, anteriormente a ello, al inferirlos de los medios de prueba allegados por las partes, en atentados a la coherencia, congruencia y razón suficiente que las motivaciones del tribunal deben plasmar,** pues ellas, en relación a la confesional y testimonial de autos, no se presentan como verdaderas ni suficientes en su derivación y posterior sucesión hasta la conclusión respectiva; en la especie, ello importa la inexistencia de elementos que permitan, desde la perspectiva de la lógica y las máximas de experiencia, asentar la conducta imputada a la actora como justificativa de su desvinculación y, por ende, rechazar las pretensiones de resarcimiento de la actora, como viene resuelto; la infracción a las normas contenidas en los artículos 455 y 456 del CT en que incurrieron los sentenciadores, de la forma ya explicada, fue gravitante, pues derivó en la falsa aplicación de la norma decisoria litis, artículo 160 N° 7 del mismo código, al entender concurrente la causal de término de contrato esgrimida por el banco empleador y, seguidamente, sustraer a la trabajadora de los derechos indemnizatorios que le son propios, contemplados en el artículo 168 del cuerpo legal citado, efecto que conforma la influencia sustancial exigida por el legislador para la operatividad de la nulidad de fondo impetrada y en razón de la cual ésta será acogida"[82].

Con todo, **si las soluciones jurisprudenciales se estimaren insuficientes, bien podría alterarse el estatuto legal de la casación de fondo, para recoger las ya mencionadas doctrinas de la absurdidad del fallo, o del error patente**; de modo que lo argumentado por la doctrina que se critica no es suficiente sostén para abrogar la impugnación de derecho que tiene tradición formada en los sistemas jurídicos propios de nuestra cultura.

3ª La cuestión de las argumentaciones de derecho incompatibles entre sí de ninguna manera conlleva la necesidad de abrogar la casación de fondo, desde que la argumentación suprema, de estimarse impropia –aspecto discutible que no es de interés abordar aquí– tiene solución por la vía legislativa, tal como se halla regulada en el artículo 378 del Código Procesal Penal.

[81] Roles N°s 70/,03, 323/03, 1536/03, 1542/03, 1576/03, 1609/03, 1610/03, 3321/02, 3322/02, 3325/02, 3340/02, 3344/02, 3413/02, 3414/02, 3453/02, 3476/02, 3477/02, 3511/02, 3530/02, 3594/02, 3602/02, 3615/02, 3642/02, 3698/02, 3757/02, 3785/02, 3791/02, 3804/02, 3805/02, 3851/02, 3871/02, 3889/02, 3914/02, 3937/02, 3949/02, 3958/02, 3988/02, 4222/02, 1652/03, 1707/03, 1879/03, 2007/03, 63/04, 67/04, 82/04, 91/04, 211/04, 408/04, 425/04, 1066/04.
[82] Rol N° 3038/09.

VI.4. Corolario: Crítica al recurso extraordinario en la perspectiva de los derechos fundamentales

Nos parece que la operación actualmente eficiente de la casación en el fondo, derivada de la reforma de la Ley N° 19.374, así como del cambio de actitud de los ministros de la Corte Suprema que han ejercido la función jurisdiccional en los últimos años, empíricamente demostrado, debiera ser razón suficiente para mantener la impugnación de derecho en términos similares a los actuales.

El planteamiento del profesor Cristian Maturana Miquel, en el sentido que "los procedimientos orales no resisten más de una revisión" y que "si alguien quisiera plantear un procedimiento oral con tres tribunales interviniendo, los que somos partidarios de los procedimientos orales hicimos una gran concesión en aceptar un recurso de apelación con tanta amplitud"[83], se basa en una **petición de principio**, desde que no se sostiene en fundamento racional y concreto.

Frente a este tipo de planteamientos, el tratadista Augusto Morillo ha expresado con acierto: "La respuesta, sin embargo, es negativa y exige la idónea y fiel registración (técnica moderna que se espeja en el video, etc.) de lo actuado. Siempre habrá necesidad de ese control superior de otras instancias de legalidad, pero también de motivación fáctica y del acierto o no de la lógica del judicante y de la composición valiosa de un resultado justo. No parece que en el horizonte inmediato de nuestra casación se apague el control del juicio de hecho, ni se evaporen las doctrinas del absurdo y de la arbitrariedad de la sentencia"[84].

El recurso extraordinario propuesto, descrito ya en sus rasgos fundamentales, deja al litigante al mero arbitrio de las subjetividades de los ministros de la Corte Suprema, que pueden examinar, o no, su impugnación, en función de una hipótesis enteramente indeterminada (si reviste interés público a juicio de a lo menos tres ministros e injusticia notoria).

¿Cómo puede concebirse que este modelo recursivo constituya suficiente garantía de los derechos –juridicidad– y de trato igual?

La verdad es que, **en este esquema propuesto, es lo más probable que las treinta sentencias anulatorias que dictó la Corte Suprema en octubre de 2009 no habrían sido pronunciadas y la injusticia hubiere triunfado lamentable e irreparablemente**; el Poder Legislativo ha de cuidarse que no

[83] http://www.colegioabogados.cl/htm/FORO_CIVIL_JPSILVA.pdf.
[84] *La Casación*, obra citada, página 92.

ocurra lo que acaeció con el recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral: en octubre de 2009 fueron fallados diez impugnaciones, nueve de las cuales culminaron en la inadmisibilidad por razones formales; **la modernidad –artificiosa e irreflexiva como se ha demostrado en este caso– no siempre aporta progreso.**

ANEXO ESTADÍSTICO N° 1:

Corte Suprema - Fallos pronunciados en octubre de 2009

Recurso de Casación de Forma y de Fondo. Consolidado*

RECURSO DE CASACIÓN CORTE SUPREMA	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	51	8.8	54.8
Casación en la Forma Rechazada	26	7.3	382.8
Casación en la Forma Acogida	8	2.2	102
Casación en la Forma de Oficio	9	2.5	215.4
Casación en el Fondo Inadmisible	35	9.9	34.1
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	133	37.7	29.9
Casación en el Fondo Rechazada	80	22.7	329.9
Casación en el Fondo Acogida	29	8.2	381.9
Casación en el Fondo de Oficio	1	0.2	548
TOTAL	352	100	181.7

* La tabla no considera los recursos de casación desistidos ni los declarados desiertos.

ANEXO ESTADÍSTICO N° 2:
Corte Suprema - Fallos pronunciados en octubre de 2009
Recurso de Casacion de Forma y de Fondo. Individual por Sala*

RECURSO DE CASACIÓN Primera Sala	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	9	8.6	68.8
Casación en la Forma Rechazada	12	11.5	540.5
Casación en la Forma Acogida	0	0	0
Casación en la Forma de Oficio	1	0.9	540
Casación en el Fondo Inadmisible	11	10.5	48.9
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	27	25.9	76.4
Casación en el Fondo Rechazada	29	27.8	437.1
Casación en el Fondo Acogida	15	14.4	407.8
Casación en el Fondo de Oficio	0	0	0
TOTAL	104	100	268.8

RECURSO DE CASACIÓN Segunda Sala	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	1	3.3	14
Casación en la Forma Rechazada	5	16.6	378.2
Casación en la Forma Acogida	1	3.3	345
Casación en la Forma de Oficio	4	13.3	285.2
Casación en el Fondo Inadmisible	8	26.3	24
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	0	0	0
Casación en el Fondo Rechazada	10	33.3	284
Casación en el Fondo Acogida	1	3.3	333
Casación en el Fondo de Oficio	0	0	0
TOTAL	30	100	225.2

* La tabla no considera los recursos de casación desistidos ni los declarados desiertos.

RECURSO DE CASACIÓN Tercera Sala	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	2	4.6	91.5
Casación en la Forma Rechazada	5	11.6	449
Casación en la Forma Acogida	0	0	0
Casación en la Forma de Oficio	0	0	0
Casación en el Fondo Inadmisible	4	9.3	78.7
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	9	20.9	83.4
Casación en el Fondo Rechazada	15	34.8	565.1
Casación en el Fondo Acogida	7	16.2	604.8
Casación en el Fondo de Oficio	1	2.3	54.8
TOTAL	43	100	389.6

RECURSO DE CASACIÓN Cuarta Sala (Laboral)	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	15	10.7	10.2
Casación en la Forma Rechazada	3	2.1	60.6
Casación en la Forma Acogida	7	5	67.2
Casación en la Forma de Oficio	3	2.1	70
Casación en el Fondo Inadmisible	9	6.4	11.5
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	78	55.7	11.8
Casación en el Fondo Rechazada	20	14.2	76
Casación en el Fondo Acogida	5	3.5	59.6
Casación en el Fondo de Oficio	0	0	0
TOTAL	140	100	27.5

RECURSO DE CASACIÓN Cuarta Sala (Familia)	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	4	13.3	12
Casación en la Forma Rechazada	0	0	0
Casación en la Forma Acogida	0	0	0
Casación en la Forma de Oficio	1	3.3	48
Casación en el Fondo Inadmisible	3	10	15.3
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	19	63.3	13.1
Casación en el Fondo Rechazada	2	6.6	45.5
Casación en el Fondo Acogida	1	3.3	9.3
Casación en el Fondo de Oficio	0	0	0
TOTAL	30	100	19.2

RECURSO DE CASACIÓN Cuarta Sala (Minería)	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Casación en la Forma Inadmisible	0	0	0
Casación en la Forma Rechazada	1	20	230
Casación en la Forma Acogida	0	0	0
Casación en la Forma de Oficio	0	0	0
Casación en el Fondo Inadmisible	0	0	0
Casación en el Fondo Rechazada por Manifiesta Falta de Fundamento	0	0	0
Casación en el Fondo Rechazada	4	80	198
Casación en el Fondo Acogida	0	0	0
Casación en el Fondo de Oficio	0	0	0
TOTAL	5	100	204.4

ANEXO ESTADÍSTICO N° 3:
Corte Suprema - Fallos pronunciados en octubre de 2009
Recurso de Queja. Consolidado e Individual por Sala*

RECURSO DE QUEJA CORTE SUPREMA	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	38	82.6	17.6
Recurso de Queja Rechazado	7	15.2	70.7
Recurso de Queja Acogido	1	2.1	90
TOTAL	46	100	27.3

RECURSO DE QUEJA Primera Sala	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	10	76.9	12.1
Recurso de Queja Rechazado	2	15.3	59
Recurso de Queja Acogido	1	7.6	90
TOTAL	13	100	25.3

RECURSO DE QUEJA Segunda Sala	Cantidad	%	Promedio de tiempo de Tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	13	81.2	29.8
Recurso de Queja Rechazado	3	18.7	97
Recurso de Queja Acogido	0	0	0
TOTAL	16	100	42.4

* La tabla no considera los recursos de queja desistidos.

RECURSO DE QUEJA **Tercera Sala**	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	7	87.5	11.5
Recurso de Queja Rechazado	1	12.5	41
Recurso de Queja Acogido	0	0	0
TOTAL	8	100	15.2

RECURSO DE QUEJA **Cuarta Sala (Laboral)**	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	5	83.3	11.4
Recurso de Queja Rechazado	1	16.6	45
Recurso de Queja Acogido	0	0	0
TOTAL	6	100	17

RECURSO DE QUEJA **Cuarta Sala (Familia)**	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	3	100	8.3
Recurso de Queja Rechazado	0	0	0
Recurso de Queja Acogido	0	0	0
TOTAL	3	100	8.3

RECURSO DE QUEJA **Cuarta Sala (Minería)**	Cantidad	Porcentaje	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Queja Inadmisible	0	0	0
Recurso de Queja Rechazado	0	0	0
Recurso de Queja Acogido	0	0	0
TOTAL	0	0	0

ANEXO ESTADÍSTICO N° 4:
Corte Suprema - Fallos pronunciados en octubre de 2009
Recurso de Nulidad Penal. Segunda Sala*

RECURSO DE NULIDAD	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recursos de Nulidad Inadmisible	1	7.1	27
Recursos de Nulidad Derivados a Cortes de Apelaciones	9	64.2	39.3
Recurso de Nulidad Rechazado	1	7.1	85
Recurso de Nulidad Acogido	3	21.4	102
TOTAL	14	100	55.1

* La tabla no considera los recursos de nulidad desistidos ni los declarados desiertos.

ANEXO ESTADÍSTICO N° 5:
Corte Suprema - Fallos pronunciados en octubre de 2009
Recurso de Unificacion de Jurisprudencia Laboral. Cuarta Sala*

RECURSO DE UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA	Cantidad	%	Promedio de tiempo de tramitación
Recurso de Unificación Inadmisible	9	90	40.5
Recurso de Unificación Rechazado	0	0	0
Recurso de Unificación Acogido	1	10	68
TOTAL	10	100	43.3

* La tabla no considera los recursos de unificación de la jurisprudencia desistidos ni los declarados desiertos.

El certioriari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema

Jordi Delgado Castro
Profesor de Derecho Procesal, Escuela de Derecho
Universidad Católica de Temuco
Doctor en Derecho
Universidad de Barcelona

Resumen: El *certioriari* es un nuevo mecanismo que se pretende introducir en nuestro sistema mediante la proyectada reforma de la justicia civil. Se trata de un mecanismo de limitación de los asuntos que llegan al conocimiento de la Corte Suprema basado en la restricción por interés público. El presente trabajo trata de exponer algunas de las principales características y aspectos críticos que deben comenzar a ser tratados en profundidad por la doctrina. El legislador ha buscado un medio de finalizar el colapso que sufre la Corte Suprema, lamentablemente no sabemos si será el más adecuado e invitamos al legislador a buscar soluciones que no pasen simplemente por crear mecanismos de restricción del número de asuntos que han de llegar a ser enjuiciados, sin mayor reflexión.

* * *

A modo de introducción

En los últimos tiempos se está llevando a cabo una profunda revisión del modelo jurisdiccional en Chile. El gran tránsito a un modelo eminentemente oral continúa su imparable avance y tan sólo le resta instalarse en el ámbito civil.

El 16 de junio de 2009 entró en la Cámara de Diputados el Proyecto de Código Procesal Civil que viene cargado de novedades[1] y que merece un detallado estudio por parte de la doctrina.

[1] NUÑEZ OJEDA, R. *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, Revista Actualidad Jurídica (núm. 17), Universidad del Desarrollo, 2008, págs. 29 y ss.

En términos generales el Proyecto de Ley ha sido bien acogido por nuestra Corte Suprema. Sin embargo, merece especial atención una consideración que la Corte hace al hablar sobre sus funciones en el Oficio número 199 de 7 de agosto de 2009 a propósito del trámite de información del Proyecto: *"en la presente reforma podría unificarse la función de la Corte Suprema entregándole en todos los procesos el conocimiento de un mismo recurso de nulidad o casación que pueda basarse en la infracción de la ley cometida en el fallo impugnado"*.

No es un tema menor el que la Corte dé muestras de sus propias reivindicaciones. Durante mucho tiempo la doctrina ha ido haciendo distintas consideraciones sobre la necesaria adecuación a un modo de entender la justicia más moderno[2]; sin embargo, quizá por su desconocimiento, no hemos llegado todavía a dimensionar algunas de las modificaciones que pueden entrar a operar en un plazo relativamente moderado.

El sistema de recursos es uno de los grandes modificados en este Proyecto de Ley. El Código Procesal Civil reconoce un llamado recurso de reposición, un recurso de apelación y, finalmente, un recurso extraordinario.

Con el acierto de no hacer referencia alguna al término casación, el legislador va a introducir un mecanismo totalmente anglosajón y desconocido en nuestro entorno llamado *certioriari*[3].

El Proyecto de Código Procesal Civil regula en su artículo 359 el certioriari. Este mismo precepto indica que la Corte Suprema seleccionará aquellos casos que cumpliendo con los requisitos anteriores tengan interés público para, a lo menos, tres de sus ministros.

Así pues, además de cumplir todos los requisitos que regula el recurso extraordinario, deben revestir "interés público". Sin duda, a primera vista podemos concluir que el legislador quiere descongestionar la Corte Suprema y que lo va a hacer mediante la limitación en la admisión de recursos extraordinarios.

El recurso extraordinario tiene por objeto, según el propio legislador (art. 353 PCPC), la unificación de la jurisprudencia en el supuesto de que concurra una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Sucederá, desprendemos de la lectura del art. 354 PCPC, cuando la sentencia que se recurra se oponga a la

[2] ATRIA LEMAITRE, F. *La Casación como problema*, Revista de Derecho (núm. 2), Universidad Adolfo Ibañez, 2006, págs. 249 y ss; CAROCCA PÉREZ, A. *Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema*, Revista Ius et Praxis (núm. 1), 1998, págs. 189 y ss; DE LA OLIVA SANTOS, A. - PALOMO VÉLEZ, D. *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 399 y ss.

[3] DELGADO CASTRO, J. *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, 2009, pág. 363.

jurisprudencia uniforme; en el caso de que hubiese jurisprudencia contradictoria entre sí; cuando no existiese jurisprudencia anterior, o bien, cuando nuevas circunstancias justificasen un cambio en la jurisprudencia uniforme.

En este contexto, por lo tanto, podemos afirmar que el legislador ha previsto un nuevo medio de impugnación que sustituye a la casación y que entrega a la Corte Suprema un último recurso con la finalidad de resolver cuestiones íntimamente relacionadas con la uniformidad de la jurisprudencia.

Diversas son las críticas que podríamos plantear ante un modelo como el descrito[4], sin embargo, en esta ocasión nos vamos a centrar en una sucinta aproximación a una de las figuras propuestas por el Proyecto de Código Procesal Civil: el *certioriari*.

Antecedentes generales y primeras características

El certioriari es un mecanismo que tiene su origen en el *leave to appeal* inglés y el *writ of certioriari* estadounidense. Sin ánimo de descubrir los todos los entresijos de ambos sistemas, haremos una breve descripción para saber qué antecedentes podemos encontrar en nuestro mundo –no lo llamaremos entorno jurídico-cultural por motivos evidentes[5]–.

El *leave to appeal* es el sistema de admisión del que dispone la *House of Lords* para seleccionar discrecionalmente los asuntos de los que va a conocer creándose, de este modo, la jurisprudencia que el sistema del *common law* requiere con el objeto de perfeccionar su sistema obligando a los tribunales inferiores.

El *leave to appeal* parte de la idea que con la resolución de un centenar de casos al año[6], y despojándose de la preocupación por las infracciones jurídicas, puede llegar a ejercer el control necesario por la jurisprudencia en detrimento de la protección del Derecho positivo tan relevante en nuestra realidad.

La *House of Lords* de forma discrecional selecciona los asuntos de los que va a conocer en atención a la relevancia del caso concreto, a las opciones de prosperar del propio recurso y al impacto que el caso haya generado en la

[4] Algunas de ellas ya avanzadas, DELGADO CASTRO, J. *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina*, obr. cit., pág. 361.

[5] Efectivamente, en Argentina comenzaron a conversar sobre este tema en el año 1959, aunque no se sancionó ninguna ley hasta la 23.774 en el año 1989. Pero no estamos muy seguros de poder afirmar que Argentina sea nuestro entorno jurídico-cultural debido a las grandes diferencias particulares del sistema del país vecino.

[6] ANDREWS, N. *English civil procedure*, Oxford, 2003, pág. 916.

opinión pública[7]. El objetivo final es que el caso tenga tintes relevantes para la generalidad que motiven su conocimiento por el órgano jurisdiccional supremo.

El *writ of certioriari* estadounidense se plantea desde un prisma muy similar. La Corte Suprema va a revisar discrecionalmente los casos que seleccione, ya que el acceso al máximo intérprete jurisdiccional no es un derecho del recurrente[8]. Sólo se va a conocer de aquellos que tengan algún interés público suficientemente relevante. Es más, la propia norma indica algunos supuestos de modo ejemplificativo en que la Corte pudiera entrar a conocer: en primer lugar, cuando haya contradicción entre distintas *Courts of Appeals*, o bien se haya decidido algún asunto federal relevante en contradicción con un tribunal de última instancia de un Estado, o se haya producido un distanciamiento de la jurisprudencia habitual por un tribunal inferior y siendo confirmada por el superior se haga imprescindible la actuación de la Corte Suprema; también cuando exista jurisprudencia contradictoria entre un tribunal de última instancia de un Estado y el mismo órgano de otro Estado o con una Corte de Apelación y, finalmente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Suprema sobre una cuestión relevante de Derecho Federal. Además, concluye la Rule 10 que extrañamente entrará a enjuiciar asuntos que tengan que ver con hechos o cuestiones de derecho de un Estado.

Pese a que no es la aspiración de este trabajo describir los pormenores de cada uno de los sistemas, sí es nuestra intención aseverar que ambos sistemas guardan la semejanza de entregar a sus órganos jurisdiccionales supremos un mecanismo de selección discrecional de asuntos, por una parte, que ambos sistemas están diseñados para evitar el colapso de ese órgano[9] y que debemos observarlos desde el punto de vista que la jurisprudencia guarda en ambos casos gran importancia.

En los sistemas de tradición jurisprudencial, al menos en la teoría, la intervención del órgano jurisdiccional supremo debe ser mínima, puesto que la sumisión al precedente garantiza tanto la igualdad ante la ley como la previsibilidad del resultado judicial. De modo que esas líneas maestras que descienden desde la cúspide determinan la seguridad jurídica del sistema y sólo en algunos casos la Corte debe intervenir. Precisamente, por esa razón el caso debe tener una connotación pública que lo haga merecedor de la consideración del órgano.

---

[7] En este sentido, véase O'HARE, J. - BROWNE, K. - HILL, N. *Civil litigation*, London, 1995, pág. 159.

[8] Diáfana resulta la redacción de la Rule 10 de las Supreme Court Rules al indicar que *"Review on a writ of certioriari is not a matter of right, but of judicial discretion"*.

[9] LAWRENCE, B. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. Joan Queralt Jiménez, Bosch, 1987, pág. 151.

Ahora bien, no significa que el sistema no pueda tener sus fallas y no determina que el juez inferior siempre acate las órdenes del superior. Es una cualidad innata a los propios jueces el llegar a conclusiones bajo su propio sentimiento[10]. Bajo esa premisa, no son pocos los casos en que la ciencia ha demostrado que mediante una *ingeniosa* motivación el juez ha podido evitar el precedente argumentando que se trata de un caso totalmente distinto[11].

La realidad es que este tipo de sistemas confieren a sus órganos supremos funciones a caballo entre lo legislativo y lo judicial[12]. Incluso podríamos llegar un poco más allá y afirmar que las decisiones de la Corte Suprema tienen una finalidad derechamente legislativa y, por ese motivo, necesitan seleccionar casos que realmente posean un alto contenido público. La jurisprudencia es fundamental para completar interpretaciones, para determinar la correcta en un abanico de posibilidades y, en especial, para evitar contradicciones.

En este punto es necesario hacer un alcance. A diferencia de las contradicciones en nuestro sistema, que se pueden dar y que no implican decisiones necesariamente ilegales o injustas, en un sistema basado en la jurisprudencia puede llegar a significar un abierto desafío a la autoridad superior, por cuestionar la línea oficial de interpretación de un asunto.

Al contrario, cuando no existe precedente cobra mayor virtualidad la función del órgano jurisdiccional supremo. El efecto que produce sobre el sistema es beneficioso. En estos casos, se arroga una función *cuasi legislativa* que sería impensable en nuestro sistema. Nunca el Poder Judicial se arrogaría funciones legislativas en nuestro modelo basado en la estricta división de Poderes. Los tribunales no deben asumir el papel de legisladores y en el caso de que se perpetúen decisiones contradictorias, lo más indicado sería que los actores implicados participasen en un cambio legislativo y evitasen que cuestiones instrumentales distraigan a los tribunales de sus funciones principales[13].

De este modo, la justicia concreta del caso pierde su importancia. Al Alto Tribunal no le preocupa otorgar justicia material a la parte concreta en su caso. Lo que realmente tiene sentido es la defensa del *ius constitutionis*. En esa lógica cuasi legislativa, entendemos que a nuestro legislador tampoco interesa –salvo en contadas ocasiones– prever normas orientadas a casos determinados, sino más bien crea normas de carácter general y abstracto.

[10] CALAMANDREI, P. "Del sentimiento y de la lógica en las sentencias", en *Elogio de los Jueces*, Egea, Buenos Aires, 1956, pág. 156.

[11] En este sentido, véase DEL VALLE ROJAS, C. – AGÜERO SAN JUAN, C. – ITURRA, D. – MEDINA, J. – ZAMBRANO TIZNADO, J.P. *Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando el modified wigmorean analysis (MWA)*, Ius et Praxis (núm. 1), 2009, págs. 15 y ss.

[12] FROWEIN, J.A. *Consideraciones marginales respecto a los límites del derecho judicial en el derecho comparado*, Revista Justicia, 1990, pág. 742.

[13] RAMOS MÉNDEZ, F. *¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?*, Revista Justicia, 1996, pág. 33.

Ahora bien, quizá la crítica más recurrente desde el punto de vista de nuestro sistema es que el juez siempre está sometido al superior jerárquico, rompiéndose el principio de la independencia judicial. Si bien, teóricamente, esto podría ser cierto, la verdad es que nuestros jueces también se encuentran en cierto modo condicionados a las decisiones de la Corte Suprema, en tanto siquiera por motivos de ego no van a querer observar como sus fallos son corregidos una y otra vez por la máxima autoridad.

Quizá nos resulta más difícil saber qué es importante seleccionar, cómo con esas pocas sentencias no cae en desactualización[14] el sistema o, directamente, se petrifica la jurisprudencia, con el riesgo de perpetuar decisiones erróneas. En todo caso, estas mismas observaciones, o unas bien parecidas, nos podríamos plantear en nuestro sistema jurídico.

De esta somera descripción sí podemos extraer algunas máximas. Acaso podremos afirmar qué aspectos no son característicos de nuestro sistema: en primer lugar, es totalmente ajeno a nuestra tradición obligar mediante la jurisprudencia a fallos futuros. Quizá sería muy práctico o incluso "muy justo" que así sucediera, sin embargo, lo que podemos afirmar con certeza es que no es nuestro caso y, por otra parte, ese medio de entender la jurisprudencia crea notables interferencias con el Poder Legislativo.

El certioriari chileno

El certioriari chileno se encuentra regulado en el artículo 359 del Proyecto de Código Procesal Civil. El precepto indica que la Corte Suprema va a ostentar el poder de seleccionar los asuntos de los que va a conocer. Este poder discrecional de selección va a estar condicionado por el interés del caso. El supuesto que se presente a la Corte ha de superar el interés de las partes. En este modelo, no sabemos, ya que la ley no lo contempla, qué pautas permiten calificar el interés del caso.

Sin duda, resulta totalmente insólito y novedoso este mecanismo. Hasta ahora el recurso de casación entregado a la Corte Suprema no permitía a la Corte seleccionar los asuntos que prefiriera, sino que debía entrar a conocer sobre todos los asuntos que se le planteasen, siempre que nos encontrásemos ante un caso de infracción legal y ésta hubiese sido determinante para adoptar una decisión[15].

[14] TARUFFO, M. *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, Foro Italiano, vol. V, 1988, pág. 237.
[15] Si bien es cierto que el recurso de casación también tiene una fase de admisión que podría entenderse como selección, en ningún caso es discrecional.

Por lo tanto, podemos decir que en el sistema actual lo más significativo es la corrección de las infracciones de ley en concordancia con el espíritu del tradicional recurso de casación. El recurso de casación es un recurso extraordinario que sólo podrá interponerse una vez agotadas las instancias ordinarias y que deberá expresar el error de derecho y cómo éste afecta a lo dispositivo del fallo.

De este modo, tenemos un recurso en que el órgano se preocupa de corregir los errores sin entrar a juzgar, de nuevo, sobre el fondo del asunto. Esta idea central es la que a veces perdemos de vista y nos conduce a pensar que el recurso de casación es un medio de unificar jurisprudencia[16]. En nuestro ordenamiento jurídico la función que cumple el recurso de casación se manifiesta en la defensa del derecho del justiciable *(ius litigatoris)* y, a su vez, en la defensa del propio ordenamiento jurídico *(ius constitutionis)*. Y decimos "a su vez" con toda la intención, puesto que si bien es cierto que también se protege a la ley, si algo caracteriza la casación desde su origen es la defensa del ciudadano.

La finalidad de la casación no es unificar jurisprudencia, sino proteger el ordenamiento jurídico, si bien es cierto que esto se lleva a cabo fundamentalmente a través del mantenimiento de una jurisprudencia uniforme[17]. No debe confundirse el medio con el fin, puesto que admitir lo contrario supone perder de vista que lo que realmente interesa al ciudadano es la casación de aquella sentencia contraria al ordenamiento jurídico[18].

El certioriari, sin embargo, va a terminar con esa idea. La configuración legal del nuevo recurso extraordinario en sí se avoca a esta conclusión. Con el nuevo modelo se potencia el interés público y por ese motivo se conculcan los derechos del justiciable. El recurso de casación, por muy extraordinario que haya sido, nunca deberíamos olvidar que se trata de un medio de impugnación en el que se solicita revisar el caso ante una corte que tiene el nombre de "Suprema".

[16] BORDALÍ SALAMANCA, A. *La unidad en la intepretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno*, Revista Chilena de Derecho (núm. 3), 2007, pág. 518.

[17] En palabras de ARAGONESES ALONSO, P. *Notas sobre la casación y la jurisprudencia*, Revista de Derecho Procesal, 2005 (núm. 1), pág. 286: *"ni su función (la del recurso de casación) es la de protección de la ley (función nomofiláctica) ni la unificación de la ley (función uniformadora)"*.

[18] En este extremo, la mejor doctrina española vivió una fuerte discusión a raíz de la creación legislativa del llamado recurso de casación para unificación de doctrina. Encontramos opiniones que tienden a valorar como fin la unificación de la jurisprudencia, *"sin perjuicio de que al mismo tiempo se atienda a la tutela de los derechos subjetivos de las partes"* (MONTERO AROCA, J. - CARRATALÁ TERUEL, J.L. - MEDIAVILLA CRUZ, M.L. *Proceso Laboral Práctico*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 801; en parecidos términos: GISBERT POMATA, M. *Estudio jurisprudencial sobre la admisión del recurso de casación*, Revista de Derecho Procesal, 2007 (núm. 1), pág. 389). Por otra parte, SEMPERE NAVARRO (*Los recursos en el proceso laboral*, con Montoya Melgar, Galiana Moreno y Ríos Salmerón, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 360) distingue entre la finalidad de la ley o en sí del recurso, que sería la unificación de doctrina, y los fundamentos o finalidades que el legislador persigue y aquí sí que podríamos observar la protección del ordenamiento jurídico como meta propuesta por el legislador.

Si bien es cierto que no todos los asuntos deben llegar a su conocimiento, o eso creemos, tampoco es razonable extraer de sus atribuciones la mayoría de asuntos.

El mecanismo previsto en el artículo 359 PCPC no sólo exige interés público, sino que además impone dos requisitos acumulativos y obligatorios más: deben manifestar ese interés a lo menos tres ministros y se debe cumplir con todos los requisitos anteriores.

Así pues, encontramos otro escollo que imposibilita el acceso a la Corte. El interés público concurrente debe ser decretado por tres miembros del tribunal. De ese modo, muchos asuntos pueden quedar sin conocimiento por la mera falta de consenso en ese concepto de interés público. Esta circunstancia determina una grave, a nuestro juicio, consecuencia, ya que los recursos inadmitidos en el fondo son desestimados, pero sin razonamiento, por parte de la Corte[19].

Por otra parte, se está reconociendo que aunque el caso tenga interés público debe cumplir con todas las limitaciones que la ley impone en los preceptos anteriores. Y es precisamente este aspecto el que más disconformidad nos genera. El legislador ha ideado un mecanismo de limitación de los recursos que llegan a conocimiento de la Corte Suprema y, en este camino ha importado un "dispositivo" que permite que el Alto Tribunal seleccione los asuntos que considere más importantes, aquellos que generen un auténtico interés público. Sin embargo, la redacción del precepto demuestra que el legislador está orientado por criterios económicos y no jurídicos, ni de defensa del interés público[20]. Si lo que realmente pretendía el legislador era beneficiar el interés público, debería haber permitido el conocimiento de asuntos pese a no cumplir con los requisitos anteriores.

Así, pongamos por caso que en un supuesto en que existe jurisprudencia y no se vulnera la jurisprudencia anterior, ni la jurisprudencia es contradictoria entre sí, ni ha habido ningún cambio sociocultural importante, pues bien, en ese caso por mucho interés público que despierte el caso incluso en los veintiún miembros de la Corte Suprema no podrá ser conocido, ya que debe cumplirse, antes de entrar a valorar el interés del caso, con alguno de los mencionados requisitos.

---

[19] Si bien es cierto, que el certioriari en EEUU es desestimado, en muchas ocasiones, sin más explicaciones que una escueta fórmula que expresa *"petition for certioriari denied"*.

[20] OTEIZA, E. *El certioriari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de la Nación sin un rumbo preciso*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (núm. 1), 1998, pág. 85: *"La inteligencia en la selección de los casos y el mantenimiento de un número constante en las intervenciones del Superior Tribunal han dado sustento a la utilización de un sistema que presenta como un remedio a una sobrecarga imposible de eludir. Su justificación nace de una apreciación cuantitativa y de una limitación cierta en la cantidad de conflictos que un tribunal puede absorber"*.

Por estos motivos, creemos que o bien el legislador no estaba realmente pensando en el interés público al diseñar la norma, o bien tenía toda la buena voluntad de proteger el interés público, pero no lo va a hacer a costa de entregar más casos que los mínimos a la Corte.

Surgen, empero, otras cuestiones dignas de mención. Ya que de inmediato nos asalta una necesidad de seguridad jurídica en relación a los instrumentos que determine el legislador. La Corte Suprema sólo conocerá cuando se suscite interés público, pero ante lo indeterminado del concepto creemos que deberá ser de modo jurisprudencial, se deben fijar los criterios que limitarán el acceso[21]. De ahora en adelante, la Corte va a dejar de conocer de multitud de temas y, a priori, el legislador no nos ha indicado siquiera indiciariamente cuáles puedan ser. En este sentido, hubiese sido bueno hacer algún alcance[22].

Quizá podría haber resultado un poco más acotado una redacción como la del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, que indica que *"La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (...)"*. Es cierto que también podríamos indicar que la norma deja mucho campo a la interpretación[23], pero como mínimo queda más acotado el espacio en el que se va a poder hacer uso de este mecanismo. Si bien es totalmente cierto que la Corte no puede, o no debe, saber a priori qué cuestiones realmente resultan insustanciales.

Aunque quizá más que un asunto de redacción, también el problema es sobre todo de fondo. En este sentido el maestro MORELLO era muy claro en relación con la admisión del certioriari argentino al afirmar que: *"la sana discreción no es hacer la selección "como yo quiero" (la Corte, o la mayoría de sus miembros), sino acotada a la "legalidad" del propio sistema jurídico y axiológico de Justicia; de la idea y sentido nuclear, que no tiene que experimentar una suerte de fragili-*

[21] Esos criterios deberán ser explicitados por la Corte Suprema, a diferencia de lo que sucede en EE.UU., donde la Corte tiene, al margen del marco legal, otra serie de normas que son sólo conocidas y guardadas por los propios jueces. Puede consultarse, en este sentido, EVANS HUGHES, CH. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, traducción de Roberto Molina y Vicente Herrero, FCE, México, 1971, págs. 56 y ss.

[22] Véase, por ejemplo, MORELLO, A. *La Corte Suprema en acción*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 22; MORELLO, A. *La nueva etapa del recurso extraordinario: El "certioriari": (Ley 23.774)*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 18.

[23] En este sentido, la doctrina se pregunta acerca de qué podemos entender por trascendencia: PALACIO, L. *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 204: *"Aunque el concepto de trascendencia se vincula con el de interés o gravedad institucional, reviste en realidad mayor amplitud, pues es comprensivo de asuntos que, sin incidir en el interés de la comunidad, exhiben significativa importancia"*.

zación, ni el mal uso de una sabia herramienta –el art. 14, ley 48– interiorizada en la sociedad"[24].

La ley chilena, por lo tanto, no nos deja claro cómo podremos saber que la Corte va a hacer un uso discrecional en la selección de asuntos sin caer en la arbitrariedad. Convirtiéndose el recurso en una manifestación inequívoca del principio de justicia rogada que hoy se entendía superado o no se entendía en el sentido de realmente "rogar" la justicia.

Otro de los grandes problemas que se presentan con el certiorari chileno también fue destacado por MORELLO[25]. Ni el artículo 359 ni los siguientes exigen que la Corte Suprema justifique los motivos que han sido válidos para sortear ese momento procesal. Hubiera sido bastante útil obligar a la Corte a justificar sus decisiones, positivas y negativas, ya que de ese modo y teniendo en cuenta los límites que se le imponen al justiciable, éste podría estar más orientado a la hora de pretender un último recurso.

Por otra parte, también podemos destacar aspectos prácticos que no han quedado del todo resueltos. De la lectura conjunta de los artículos 359 y 360 del Proyecto no podemos saber cuál es el plazo del que dispone la Corte para seleccionar el caso. Los plazos impropios, los del tribunal, suelen ser generalmente los que resultan con mayor estadística de incumplimiento, sin embargo, consideramos que hubiese sido positivo incorporar un plazo prudencial con el objeto de no dilatar indefinidamente en el tiempo las actuaciones judiciales.

En este mismo sentido, tampoco encontramos posibilidad de audiencia a ninguna de las partes. Si bien es cierto que el recurrente esgrimirá todos sus argumentos en el escrito en el que interponga el recurso. El certiorari estadounidense, que como podemos observar tiene sus diferencias, sí concede un plazo de treinta días para que el *respondent* presente su *brief in opposition* al que el recurrente puede responder mediante un *reply brief*. El legislador chileno quería descongestionar la Corte Suprema y conceder estas opciones podía dilatar los procesos en el tiempo, sin embargo, y teniendo en cuenta lo restrictivo del mecanismo, hubiese sido totalmente deseable permitir una mayor participación de las partes.

Asimismo, otra duda se nos plantea en relación con la discrecionalidad y el escrito de interposición: ¿debe la Corte considerar el interés público en virtud de los argumentos del escrito de interposición? o bien, ¿puede la Corte Su-

[24] MORELLO, A. *Admisibilidad del recurso extraordinario. (El certiorari según la Corte Suprema)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1997, pág. 13.
[25] MORELLO, A. *Admisibilidad del recurso extraordinario. (El certiorari según la Corte Suprema)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1997, pág. 76.

prema tomar su decisión independientemente de la motivación del escrito de interposición del recurso? Este aspecto que la ley no contempla creemos que es un elemento potencial de riesgo y fuente de desigualdades.

Por consiguiente, podemos observar que el certioriari chileno es un elemento añadido y destinado a restringir todavía más el ya de por sí limitado acceso al recurso extraordinario. El objeto del certioriari podría verse como un filtro para que sólo los casos con interés público llegasen al efectivo conocimiento de la Corte Suprema. El problema es que por una parte no queda claro si el motivo es la limitación en función del interés público y, por otra, el negar el acceso a la revisión final por vulneraciones de derecho supone romper con más de un siglo de tradición, sin que sepamos cuáles son los beneficios de esa sustitución del recurso de casación. Dejaremos para futuros estudios propuestas, pero el legislador debería pensar en otros medios más razonables de reforma que no sean simplemente crear límites al recurso[26].

Hipotéticas justificaciones

Tras esta pesimista descripción se nos ocurre que el legislador no tiene por qué haber tratado de trasladar un sistema negativo. El sistema en lugares como Estados Unidos o Reino Unido funciona. Lamentablemente, nuestras realidades son muy distintas desde la Revolución Francesa y, precisamente, es lo que el legislador no ha tenido mucho cuidado en observar.

El natural desarrollo de las instituciones y sistemas hace que a la larga colapsen sus medios. La Corte Suprema no es ajena a esta afirmación y tras más de cien años de funcionamiento bajo las normas del mismo Código de Procedimiento Civil se encuentra actualmente colapsada.

Es innegable que el ciudadano demanda una respuesta rápida, para que esta pueda llamarse eficaz, y en este contexto nos debemos plantear cómo reformar la Corte Suprema o cómo reformar el sistema.

[26] Para no dejar tan en el aire esta afirmación se nos ocurre, como propuesta que podría ser profundizada, el que cuestiones sobre jurisdicción, competencia, o regularidad del procedimiento quedasen fijadas en primera instancia, si se quiere con una revisión en segunda instancia. Pero evitar que se posterguen en sucesivas e "infinitas" revisiones. Es cierto que hay cuestiones que podrían caber en el concepto de "debido proceso". Podría resultar más práctico pensar en que los tribunales de justicia de un Estado de Derecho moderno funcionan y tienen respeto por las garantías constitucionales y asumir el costo de que los tribunales inferiores puedan equivocarse a cambio de evitar colapsos en la Corte Suprema con discusiones que sirven más para sobrecargar el trabajo de la Corte que para garantizar una correcta administración de la justicia.

Bajo estas premisas el legislador tenía dos caminos posibles y, de una manera u otra, ha incorporado ambos. Por una parte, podía crear un recurso de unificación de doctrina o jurisprudencia al estilo del que se creara en España mediante el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, que desarrolla, entre otras, la base 35ª de la Ley 7/1989, de 12 de abril, y por el cual se introdujo en el ordenamiento jurídico el recurso de casación para unificación de doctrina en el orden laboral[27]. Esta opción fue la que adoptó el legislador cuando acogió en el nuevo Código del Trabajo el recurso de unificación de jurisprudencia, que seguirá persiguiendo la infracción de ley aunque limitándola al supuesto de que concurra la contradicción entre sentencias.

La otra posibilidad era limitar el número de asuntos que llegan a la Corte Suprema mediante algún filtro efectivo. Esa ha sido la selección que resulta patente en el Proyecto de Código Procesal Civil, ya que la incorporación del *certioriari* responde exactamente a esa finalidad y de ese modo lo hemos descrito. Ahora bien, pese a no ser grandes defensores de la unificación de jurisprudencia, encontramos menos agresiva esa forma de sesgar los derechos del litigante que la que finalmente ha adoptado el legislador.

El legislador lo primero que debió plantearse es si en su reforma quiere contemplar jurisprudencia vinculante o no. Esa es la primera pregunta filosófica y práctica que debemos resolver para poder organizar un sistema recursivo basado en el precedente.

Una vez que tenemos claro si existe o no esa jurisprudencia vinculante, podremos observar qué efectos crea sobre nuestros tribunales de justicia, en especial, cómo afecta la jurisprudencia vinculante a la independencia judicial: ¿se va a sancionar al órgano judicial que se aparte de la interpretación oficial? ¿Se va a permitir que el órgano jurisdiccional diverja en sus razonamientos jurídicos?

Por otra parte, aunque no afectase a la independencia judicial, habrá que saber qué elementos ayudarán a la selección discrecional de asuntos. Ya que por muy discrecional que sea, siempre será arbitraria a los ojos del justiciable, que sólo verá que su caso es inadmitido por no tener un interés público relevante. Sin embargo, ¿cuándo un caso civil y eminentemente privado va a tener un interés público? Muchas veces la doctrina responde que cuando se creen contradicciones o cuando no haya legislación al respecto. En ambos casos, sigue siendo injusto para el justiciable que observa como su caso no es atendido porque no existe uno contradictorio, cuando al día siguiente se puede tomar el suyo como base de esa contradicción.

[27] PÉREZ PÉREZ, M. *Debate sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina*, Temas Laborales, 1995 (núm. 34), pág. 9.

Conclusiones

El legislador chileno ha optado por un modelo extranjero que rompe con la tradición y lógica impuestas por el recurso de casación. Hasta no ver cómo funcione en la práctica, además, no podremos ver si resulta tan efectivo como pudiera parecer.

Una cosa es segura, el número de asuntos de los que va a conocer nuestra Corte Suprema debería verse drásticamente reducido. Esa reducción se va a hacer a costa de entrar a valorar las posibles infracciones legales cometidas por las Cortes de Apelación y los tribunales inferiores.

El nuevo recurso extraordinario podría haber apostado, como parecía, por descongestionar al Alto Tribunal incorporando, como mínimo, el discutible requisito de la contradicción entre sentencias. Pero el legislador fue más allá y además de poner su atención en restringir el acceso al máximo órgano jurisdiccional, remató su creación con la incorporación del *certioriari* para poder limitar más ese acceso. No debería convertirse un tribunal en legislador que matice qué dice o deja de decir la ley, siempre que exista interés público, sino más bien debe resolver casos concretos.

Podrán las futuras sesiones solemnes del primero de marzo anunciar que los tiempos de respuesta para el justiciable se han reducido considerablemente, podrán también afirmar que la Corte Suprema resuelve rápido y sin congestiones, pero el legislador está transformando las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en discusiones de corte más teórico sobre si existe o no interés público[28].

Siempre se pueden destacar aspectos positivos: las causas que pasen el trámite de admisión y superen el certioriari tienen altas expectativas de resultar acogidas por la Corte Suprema, ya que los pocos casos que sean admitidos, desde el punto de vista teórico, deberán ser acogidos en tanto se considera que hay una necesidad de intervención de la Corte cuasi legislativa.

[28] MARTÍN PALLÍN, J.A. *El recurso de casación: un modelo agotado*, en *La Casación: unificación de doctrina y descentralización: vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Estudios de Derecho Judicial, 2006 (núm. 87), pág. 86: "(el TS) abandonará sus tareas jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado para convertirse en una Academia de jurisconsultos con escasas posibilidades de actuación ante la infinita variabilidad de los hechos y circunstancias que se someten a su criterio, casi exclusivamente doctrinal".

Bibliografía

ANDREWS, N. *English civil procedure*, Oxford, 2003.

ARAGONESES ALONSO, P. *Notas sobre la casación y la jurisprudencia*, Revista de Derecho Procesal, 2005 (núm. 1).

ATRIA LEMAITRE, F. *La Casación como problema*, Revista de Derecho (núm. 2), Universidad Adolfo Ibáñez, 2006.

BORDALÍ SALAMANCA, A. *La unidad en la intepretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno*, Revista Chilena de Derecho (núm. 3), 2007.

CALAMANDREI, P. *Del sentimiento y de la lógica en las sentencias*, en *Elogio de los Jueces*, Egea, Buenos Aires, 1956.

CAROCCA PÉREZ, A. *Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema*, Revista Ius et Praxis (núm. 1), 1998.

DE LA OLIVA SANTOS, A. – PALOMO VÉLEZ, D. *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

DEL VALLE ROJAS, C. - AGÜERO SAN JUAN, C. - ITURRA, D. - MEDINA, J. - ZAMBRANO TIZNADO, J.P. *Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando el modified wigmorean analysis (MWA)*, Ius et Praxis (núm. 1), 2009.

DELGADO CASTRO, J. *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, 2009.

EVANS HUGHES, CH. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, traducción de Roberto Molina y Vicente Herrero, FCE, México, 1971.

FROWEIN, J.A. *Consideraciones marginales respecto a los límites del derecho judicial en el derecho comparado*, Revista Justicia, 1990.

GISBERT POMATA, M. *Estudio jurisprudencial sobre la admisión del recurso de casación*, Revista de Derecho Procesal, 2007 (núm. 1).

LAWRENCE, B. El *Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. Joan Queralt Jiménez, Bosch, 1987.

MARTÍN PALLÍN, J.A. *El recurso de casación: un modelo agotado, en La Casación: unificación de doctrina y descentralización: vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Estudios de Derecho Judicial, 2006 (núm. 87).

MONTERO AROCA, J. - CARRATALÁ TERUEL, J.L. - MEDIAVILLA CRUZ, M.L. *Proceso Laboral Práctico*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

MORELLO, A. *La Corte Suprema en acción*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

MORELLO, A. *La nueva etapa del recurso extraordinario: El "certioriari": (Ley 23.774)*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

MORELLO, A. *Admisibilidad del recurso extraordinario. (El certioriari según la Corte Suprema)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1997.

NUÑEZ OJEDA, R. *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, Revista Actualidad Jurídica (núm. 17), Universidad del Desarrollo, 2008.

O'HARE, J. - BROWNE, K. - HILL, N. *Civil litigation*, London, 1995.

OTEIZA, E. *El certioriari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de la Nación sin un rumbo preciso*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (núm. 1), 1998.

PALACIO, L. *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

PÉREZ PÉREZ, M. *Debate sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina*, Temas Laborales, 1995 (núm. 34).

RAMOS MÉNDEZ, F. *¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?*, Revista Justicia, 1996.

SEMPERE NAVARRO (*Los recursos en el proceso laboral*, con Montoya Melgar, Galiana Moreno y Ríos Salmerón, Tecnos, Madrid, 2001.

TARUFFO, M. *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, Foro Italiano, vol. V, 1988.

Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*

Jorge Luis Varela Del Solar

Director Académico Post-Título en Derecho Ambiental
Facultad de Derecho
Universidad Del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo aborda doctrinaria y fundadamente al Derecho Ambiental como parte integrante del Derecho Público, tanto en su dimensión material como formal, adscrita a una evolución jurídica aplicable a esta disciplina.

* * *

Comentarios introductorios

Para muchos de los comentarios y explicaciones con que acá se fundamenta la tesis de este artículo, se han utilizado los casos de El Salvador y Chile. El primer país, por cuanto se trata de una nación centroamericana con una muy temprana sensibilidad en su normativa ambiental. En efecto, en tal país comenzó un serio trabajo legislativo, en la materia, hacia mediados de la década de los noventa, desde la misma base de la ley ambiental, la que fuera fundada sólidamente en una política y una estrategia ambientales coherentes e integrales.

Habiendo el autor de estas líneas asesorado desde su primer momento a El Salvador en tales esfuerzos, país que contó con una importante colaboración, tanto técnica como monetaria, de los Estados Unidos y de países de Europa, para los cometidos antes mencionados, puede decirse, sin temor a errar, que dicha nación mesoamericana fue aquella que tuvo (solo después de México), la primera legislación integral (ecológica y ambiental) en materia de desarrollo sustentable y amparo y rescate de su deteriorado capital natural.

Ello ocurrió, como debe necesariamente serlo, precedido de una estrategia y de una política ambiental nacional, en la que la ley y sus reglamentos se basaron. Además, institucionalmente, se crearon los Vice-Ministerios del Ministerio del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (MARN), los que se denominaron, de Medio Ambiente y de Recursos Naturales, respectivamente, denotando claramente la diferencia entre las políticas de recursos naturales y las de protección ambiental, en tanto las primeras son de acción y las segundas, de omisión.

* Este texto es una versión complementada y actualizada de la publicación "El Derecho Público como Instrumento de la Política Ambiental y como Componente de la Naturaleza Jurídica del Derecho Ambiental", de Jorge Luis Varela, para su curso de "Latin American Environmental Law and Policy", Tulane University Law School Journal (enero-abril 2001).

El Salvador, más aún, como país pionero en materia de reforma ambiental legislativa, con visión integral u holística, en la América Central (insistimos en que solamente después de la Ley General del Ambiente y el Equilibrio Ecológico de México), aún hoy continúa innovando en su transformación legislativa, en el ámbito ecológico (y en el ambiental, también y separadamente), por virtud de lo cual se incorporan instituciones y elementos novedosos y desafiantes del derecho ambiental internacional (y del derecho ambiental comparado)[1].

Un ejemplo de ello es que El Salvador es el primer país de América Latina[2] donde ya hacia finales de la década del 90 se incorpora la institución de la evaluación ambiental estratégica, como instrumento básico de política pública. Esta es una institución extrapolada de la legislación ambiental de Alemania y de la USEPA de los Estados Unidos, donde todas las acciones gubernamentales federales (no estaduales) que puedan tener un impacto adverso significativo en el medio ambiente humano, han de ser previamente analizadas, en un proceso de control político-técnico.

Varias décadas más tarde, éste recién viene legalmente a incorporarse en Chile, a través de la Ley 20.417, de 26 de enero de 2010[3]. Ella es un instrumento esencial no solamente de la política pública, en materia ambiental, sino que de la economía ecológica de mercado. Nuestro país incorpora este instrumento, con al menos veinte años de retraso respecto de las economías de grado análogo de crecimiento a la suya[4].

---

[1] En su Ley del Medio Ambiente, de 4 de mayo de 1998, El Salvador incorpora los principios básicos de la política del medio ambiente, lo cual es previo y fundamental para tener ley y ejecutarla; crea un sistema de gestión nacional del medio ambiente o de gestión ambiental nacional, lo cual incluye la evaluación ambiental estratégica, como su más relevante instrumento; directamente derivado de lo anterior, incorpora la dimensión ambiental, como parte de los planes de desarrollo y del ordenamiento del territorio; crea las auditorías de evaluación ambiental y la fianza de cumplimiento ambiental; consagra canales amplios y diversos de consulta pública en los estudios de impacto ambiental; divide la ley en dos secciones separadas (como ha de ser), la ecología o recursos naturales y el medio ambiente, creando dos sub-ministerios en la materia, con instrumentos diferentes; establece programas de prevención y control de la contaminación; crea instrumentos para las contingencias, las emergencias y los desastres ambientales; finalmente, crea un capítulo sobre las responsabilidades administrativa, civil y penal, donde se contemplan, entre otras cosas, procedimientos administrativos sancionatorios. En enero de 2000 se promulga el Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente, que complementa dicha Ley con los instrumentos de ejecución de las instituciones creadas por la norma básica.

[2] Los países de la América Central, especialmente El Salvador y Panamá, han siempre estado a la cabeza de los avances en materia de establecimiento y ejecución de legislación y política ambientales (en el contexto de América Latina), dado que éstos han calificado y califican como recipientes de asistencia técnica internacional, por parte de las instituciones técnico-financieras (Banco Mundial, BID, USAID, GTZ, de gobiernos de Holanda, Suecia y otras instituciones), a diferencia de otros países, como Chile, Argentina y Uruguay, que observan un atraso mucho mayor en tales áreas, debido a que por su mayor ingreso per cápita no han podido, desde mediados de la década de los noventa (con excepción de ciertos proyectos específicos), acceder a asistencia constante, por parte de tales organizaciones, en las materias señaladas. Este es el motivo por el cual Mesoamérica tiene un grado de avance mayor, en materia ambiental y cuidado de sus recursos naturales, que Chile, Argentina y Uruguay, por ejemplo.

[3] Artículo 7 bis de la Ley 20.247 de 26 de enero de 2010.

[4] Lo hace 40 años más tarde que los Estados Unidos (USNEPA de, 1970).

Ahora bien, es imprescindible para todo país que se encuentra en un decidido proceso de modificación, ajuste y afianzamiento de su legislación ambiental global (como los Estados latinoamericanos, en la etapa en que, con mayor o menor grado de desarrollo, se hallan) el tener una noción clara del significado y del alcance de las instituciones jurídico-políticas básicas, que informan estos procesos reformables, así como de las normas en sí que se pretende ejecutar.

De lo anterior se desprende que es siempre un ejercicio conveniente el análisis y la revisión del "estado ambiental" de los países de la región. Debe conocerse desde dónde y hacia dónde transitan estos países, en su búsqueda de un equilibrio jurídico-político, en los marcos ambiental, ecológico y de desarrollo sustentable[5].

Una de las evidencias más fuertes para aquellos que han consagrado su vida profesional al ejercicio del derecho ambiental o la política ambiental es comprobar que aquellos países de la región que han generado y ejecutado sistemas preventivos y de gestión ambiental han tenido mucho más éxito que aquellos que han impuesto un sistema correctivo, de comando y control, el que es más oneroso para las empresas (pues las somete a las normas de las responsabilidades legal y extracontractual) y perpetúa el vicio cíclico de la contaminación y de las penas y multas.

Otra situación que resulta inevitablemente evidente es comprobar que la confusión conceptual conduce a graves errores de aplicación de las instituciones ambientales, y, en último término, a la ineficacia (y eventual ineficiencia, según se explicará más adelante) del sistema normativo ambiental, en general.

Existe actualmente mucha práctica forzada en el ámbito del ejercicio en las áreas ambientales y poca capacidad de teorización o fundamentación de la normativa, lo cual exhibe el ángulo positivo de ser un producto de la "praxis" (sistema inductivo de generación de la normativa) más un aspecto deficitario, que es la fragilidad del sustento de la norma.

Ello estriba en que se hace más conflictivo identificar la transparencia y la legitimidad de las prácticas que implementan las normas ambientales, lo cual, a su vez, conlleva a una mayor dificultad de detectar anticipadamente los problemas de inadecuación entre las políticas y las normas, por una parte, y la realidad en la que se intenta aplicar aquéllas, por otra. El descrito es un fenómeno muy común en la aplicación de la normativa y las políticas ambientales.

[5] Lo cual incluye, en el ámbito público, la transparencia de la administración y un sistema nacional de evaluación ambiental estratégica, y, en el ámbito privado, la aplicación integral de la normativa sobre responsabilidad social empresarial.

Esta publicación original, en la Universidad de Tulane (New Orleans, Louisiana) ha sido, en efecto, una derivación directa de informes elaborados por el autor para países en el proceso del desarrollo de su legislación ambiental, así como en las fases de procesos de capacitación a asesores jurídicos y fiscalizadores ambientales de los ministerios y comisiones del medio ambiente de la región.

Por lo antes mencionado, se ha llegado a la conclusión empírica de que el conocimiento del lugar que el derecho y la política ambientales ocupan en el derecho, en general, y de la naturaleza jurídica del derecho ambiental, constituyen una etapa previa a la necesaria armonización de los textos legales ambientales. Es una deficiente política legislativa intentar conciliar normativas ambientales que simplemente no pueden armonizarse, pues es una receta segura para el fracaso de la aplicación de políticas públicas.

De esto, está lleno de ejemplos en los países que no tienen éxito en la ejecución de sus planes ambientales (especialmente en aquellos de descontaminación).

1. Nociones fundamentales sobre derecho público y política ambiental

El concepto de derecho público, inexistente como tal en los Estados Unidos, debido a la interpretación expansiva de su Constitución Federal, ha típicamente emanado del derecho europeo continental (romano-franco-germánico), en su origen y uso, y de allí que sea una piedra medular en la cultura jurídica hispanoamericana, primero, y latinoamericana, luego. En los Estados Unidos, lo que más se parece al concepto de derecho público es el denominado derecho municipal y el derecho público (en el concepto norteamericano) es identificado como el derecho codificado o estatutario[6].

Como se sabe, el derecho público es el invento del constitucionalismo racionalista para limitar los poderes del Estado y es, por ello, aquel que rige y modifica las relaciones entre los gobernantes o Estado Gobierno (detentadores del poder) y los gobernados o Estado-Nación (mandantes destinatarios del poder)[7].

[6] Derecho codificado en el derecho norteamericano es la mera recopilación o repertorio de leyes (estatutos, como se les denomina en Estados Unidos) y no tiene relación alguna con el concepto francés de la codificación o sistematicidad temática de un área del derecho, en forma lógica, coherente y consistente. Este es un concepto derivado del iluminismo racionalista cartesiano y kantiano. El código en los Estados Unidos es una noción pragmática, derivada del proceso de "judicial review" y del "case law and statutory law analysis", como normas supletorias del derecho.

[7] Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, "La Constitución como Dispositivo de Control de Poder", pp. 149-231, Barcelona, 1989, Ariel Derecho, Barcelona.

Las acciones del derecho público están limitadas o dosificadas por una máxima que carece de excepciones en un verdadero Estado de Derecho (tanto por la administración centralizada como por aquella descentralizada). Solamente aquello que está expresamente autorizado por ley es legítimo.

Esta máxima del derecho público es ocasionalmente quebrada por instituciones locales y municipales, en el ámbito de la protección ambiental, las que históricamente han ejercido el poder administrativo de autoridad, con carácter discrecional, no obstante que sus actos administrativos son reglados y estrictos[8].

Por contraste, en el derecho privado (naturaleza excepcional del derecho ambiental, en lo que a los contratos ambientales se refiere)[9], rige plenamente la ley de las partes y de su autonomía. Esta modalidad de acción ha venido, en todos los ámbitos del derecho, a complementarse también por cláusulas arbitrales ad hoc, que son fuente obligatoria para las partes que contratan en estos términos y se someten a legislaciones sustantiva y procesal especiales.

El concepto clave de divorcio entre un segmento del derecho y otro se encuentra expresamente contemplado en la parte declarativa de al menos nueve Constituciones del hemisferio interamericano, en términos tales como "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe".

La primera parte del aforismo anterior, eso sí, aun cuando se trata de un derrotero fundamental de hermenéutica constitucional, no es aplicable en algunas de las instituciones contemporáneas del derecho ambiental, en que para que opere un reconocimiento, un bono o una certificación, es necesario demostrar que ha habido adicionalidad; esto es, que la conducta observada, de cumplimiento ecológico o de desarrollo sostenible (legal, científico y económico), vaya más allá del mínimo estándar exigido por la ley ambiental[10].

[8] En el caso chileno, la arbitrariedad o discrecionalidad en la cosa pública ya es y debe ser algo del pasado, desde la promulgación de la Ley N° 20.285 (de 2008), Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso de Información de la Administración el Estado.

[9] Entre otros tipos de contratos, únicos del derecho ambiental, existen aquellos denominados contratos CRADA (cooperative research and development agreement) que son los instrumentos jurídicos que el derecho ambiental comparado ha diseñado para armonizar los intereses (justa distribución de beneficios compartidos) de las partes en las transacciones, en que ambas deben obtener frutos que se deriven directamente de la utilización y explotación comercial de los recursos genéticos (material biológico que contiene información hereditaria, necesaria para la vida) y de la diversidad biológica de un país. Los contratos CRADA benefician directamente a las comunidades locales o países que son dueños de los recursos y también regulan beneficiosamente a industrias tales como farmacéutica, medicina botánica, horticultura, biotecnología y de cosméticos, entre otras.

[10] La adicionalidad es un elemento esencial de la responsabilidad social corporativa (RSE), la cual reviste componentes o dimensiones legal, técnica y económica. No es suficiente con el mero cumplimiento de la ley ambiental.

Ahora bien, en todo trabajo realizado por los agentes del Estado en el diseño, origen, implementación, interpretación limitada, fiscalización y ejecución del sistema global de derecho y política ambientales, prevalecen las normas del derecho público. En este punto debe hacerse una nueva distinción, sin embargo. El derecho público es la norma rectora del derecho ambiental procedimental o procesal, que es el área donde los aplicadores y fiscalizadores (*enforcement agents*) de las normas ambientales y reglamentarias ejercen. Ello es válido tanto para el área nacional como para los fiscalizadores y aplicadores de la normativa ambiental, en el área local o comunal.

Es allí donde solamente deben aplicarse las normas estrictísimas y restrictivas del derecho público, donde la arbitrariedad y la discrecionalidad se confunden. Ella ha de reducirse a una mínima expresión, en todas y solo aquellas funciones en que las actividades funcionarias y cotidianas de la burocracia ambiental así lo permitan.

Lo anterior está prácticamente restringido a las actividades que guardan relación con el otorgamiento de permisos ambientales y aquellos de tramitación y aprobación de estudios y declaraciones de impacto ambiental. No sabemos aún la forma en que este sistema se irá a presentar en el contexto de la nueva institucionalidad, cuando la autoridad autorizante del título ambiental (resolución de calificación ambiental) sea el Servicio de Evaluación Ambiental[11]. Esperamos que su función esté estrictamente sometida a las normas del derecho público, en beneficio de los titulares constitucionales del título ambiental, sin espacio alguna a la discrecionalidad.

Por contraste, la interpretación amplia o expansiva, donde no solo puede, sino que debe haber cabida para efectos de flexibilidad, de elasticidad para el conocimiento científico y de crecimiento y acomodo normativos es el área del derecho ambiental sustantivo, por excelencia. De ello se deduce que deben tenerse particularmente claros los criterios sobre cuándo se está en uno u otro ámbito (procesal y sustantivo). Principios radicalmente opuestos operan, como marcos de acción, en uno u otro caso.

En la etapa en que muchos países de la región se encuentran en el presente, en lo que compete a la labor de los entes gubernamentales encargados de la instalación, aplicación y ejecución del sistema normativo de protección ambiental[12], siempre han de primar los principios rectores del derecho público, para garantizar los derechos constitucionales de los habitantes y para que los actos

[11] Artículo 1 letra "d" de la Ley 20.417 (de enero de 2010), sobre modificaciones a la Ley de Bases del Medio Ambiente.

[12] En especial, en países como el Uruguay, Perú, Panamá y Chile, que se encuentran reforzando o renovando su institucionalidad ambiental.

administrativos reglados de la autoridad ambiental sea restrictivos, estrictos, y no discrecionales.

En el mundo del derecho público ambiental procesal[13] es imperativo alcanzar unificación o univocidad de criterios, especialmente cuando son múltiples las autoridades intervinientes en las gestiones sometidas, en un proceso u otro, a autorizaciones de la autoridad ambiental. Cuando los procedimientos carecen de uniformidad y cuando existen hoyos negros de discrecionalidad, en la interpretación y en la aplicación de la norma procesal ambiental, no solamente se vulnera (por parte de la administración) el principio rector de transparencia de los actos públicos administrativos, sino que se violan derechos constitucionales fundamentales, tales como el de la igualdad y aquellos amparados por el orden público económico[14].

Ahora bien, siempre en el contexto de las acciones en el pleno ejercicio de la soberanía del Estado, la política ambiental, por su parte, consiste en el balance adecuado de principios, directrices e instrumentos emanados del Estado-Nación (a través de sus mandatarios, los agentes del Estado-Gobierno, que son sus ejecutores) destinado a la ejecución global y cabal de programas de protección ambiental, de conservación y restauración o rescate[15].

No obstante el concepto holístico anterior, la política ambiental –por la misma naturaleza de los múltiples instrumentos (jurídicos y extrajurídicos) de que dispone– debe encontrarse orientada prioritariamente a los programas anticipatorios o de prevención de las actividades contaminantes o que causan desequilibrio o distorsiones graves en el real crecimiento económico de un país, por ser esencialmente insustentables[16].

Existe hoy una demostración disponible, con pruebas tangibles o numéricas (aplicable para países altamente industrializados y para aquellos en franca vía al desarrollo) en cuanto a que las naciones que han enfatizado en los instrumentos preventivos de la contaminación y de la política ambiental[17] y en un sistema efectivo de implantación de las mejores y más adecuadas prácticas de gestión ambiental[18], se encuentran en un estado óptimo de protección de sus recursos

[13] Como lo son, de manera ejemplar, la concesión de permisos sectoriales, la aplicación de multas, la iniciación de sumarios, por parte de autoridades competentes o los rigurosos procedimientos destinados a la aprobación final de un proyecto u obra, a través de la resolución de calificación ambiental.

[14] Artículo 19, números 2, 3 y 21 de la Constitución chilena.

[15] Rescate es el término que utiliza la legislación ambiental de los países de la América Central. En su caso ha sido literalmente así (mayor mérito aún) luego de que sus recursos naturales han sufrido degradación severa, luego de guerras civiles nacionales, en el siglo XX.

[16] Aquellas que depredan, insosteniblemente, el capital natural.

[17] Tales como Pollution Prevention Strategies e Industrial Ecology

[18] Tales como Best Management Practices y Best Available and Practicable Technologies.

naturales, de amparo duradero del medio ambiente (reducción de la tasa de contaminación, por vertimiento y por emisiones) y de crecimiento económico con sustentabilidad y solidez[19]. Los instrumentos jurídicos ambientales modernos, asimismo, deben fortalecer tal proceso y no obstaculizarlo.

En suma, el desarrollo equilibrado de una política nacional ambiental es imposible de obtener si los instrumentos y la estructura de la misma han sido diseñados sin ser complementados y debidamente ejecutados, por un marco jurídico ambiental coherente e integral.

Contrariamente, aquellos países que han elaborado legislación o normativa ambiental (especialmente durante la década del 90), sin haberla fundado previamente en una política o estrategia ambiental nacional, jamás han podido lograr una consistencia y efectividad en la aplicación de las leyes ambientales. Más aún, en la ejecución de éstas existe la inevitable tendencia a vulnerar el orden del derecho público, a través de la dispersión normativa, de la falta de uniformidad de los actos administrativos y de los actos discrecionales, convertidos en práctica consuetudinaria.

Es imposible concebir un sistema eficiente de protección ambiental (en instrumentos normativos y de política pública) si la estructura de la política ambiental nacional no tiene cabida en el armazón institucional del país y si no cuenta ésta con un financiamiento y un equipamiento (humano y material) adecuados. En suma, el diseño de la protección de los recursos naturales y de la política preventiva de la contaminación, debe estar dotado de un balance sostenible entre política y derecho; entre estrategias de prevención y vehículos de reparación[20].

Asistimos hoy en la región interamericana al fenómeno que muchos de los instrumentos jurídicos existentes (en su gran mayoría, códigos anquilosados y vetustos para los nuevos retos del derecho) fueron diseñados para confrontar situaciones histórica, social, económica y culturalmente diferentes. Ellos se levantan hoy, más que nunca antes, como obstáculos estáticos para las ciencias jurídicas contemporáneas, cuando se enfrenta el abogado moderno con la necesidad de identificar y aplicar soluciones a problemas ambientales serios y urgentes, en una dimensión anticipatoria y preventiva más que castigatoria o legalmente represiva. Esto, tan solo por mencionar el área que ahora nos compete analizar.

[19] Que es solamente aquel que da la inversión real en el capital natural y la valorización de las externalidades ambientales negativas en las cuentas nacionales económicas.

[20] Un ejemplo de la falta esencial de este balance se da en la política incoherente, imperfecta y deficiente que por tantos años se ha aplicado para el plan de descontaminación de Santiago, para el que pareciera existir la convicción de que la química del aire y los contaminantes-metales pesados se eliminan por decreto o normativa o a través de soluciones de transición.

Hasta hace muy poco, el derecho latinoamericano había sido un sistema jurídico que siempre ha privilegiado la corrección por sobre la prevención. Es exclusivamente en los últimos años que los mecanismos preventivos de resolución de disputas se han impuesto o, al menos planteado, como opciones viables en las relaciones jurídicas y comerciales.

Debemos dejar claramente consignado que la antigua dialéctica legal e histórica, de los sistemas pura o predominantemente punitivos es frontalmente incompatible con el mundo de las responsabilidades subjetivas y los retos ambientales. No hay derecho ambiental sin prevención.

Ahora bien, por el carácter preventivo de la política ambiental, su principio informante es el del desarrollo sustentable. Hacia éste debe encaminarse aquélla, pues es su meta. No existe otra vía más adecuada y eficiente para el Estado ni para la empresa que aplicar los instrumentos concretos del desarrollo sostenible, que son las estrategias de prevención ambiental en la aplicación de las políticas públicas. La evaluación ambiental estratégica es una herramienta fundamental para ello, pero ciertamente no la única.

La política ambiental del Estado (como acto de Estado) es comprensiva de sus instrumentos, que están destinados a ejecutarla y otorgarle el carácter jurídicamente vinculante, tanto para gobernantes como para gobernados. De allí que el derecho público sea el sistema jurídico que regla la política ambiental.

En tal contexto, en lo que se refiere a los mecanismos de la política ambiental, los países anglosajones reconocen la siguiente distinción gradual en los instrumentos diseñados para proteger el medio ambiente y los recursos naturales:

(a) Policy (Política)
(b) Guidelines (Directrices o Lineamientos)
(c) Norms (Normas Técnicas)
(d) Standards (Estándares)
(e) Methods (Métodos)

Esta clasificación es la que denominamos "la pirámide jerárquica de los instrumentos de la política ambiental" (el derecho público de la política ambiental). Tales instrumentos se encuentran encabezados por los parámetros de dicha política.

Paralela y análogamente a este esquema opera la pirámide jerárquica constitucional de los instrumentos jurídicos que se utilizan para edificar la pirámide de los instrumentos políticos ambientales. A ella nos referimos más adelante.

A la jerarquía de los instrumentos de política la denominamos (pidiendo prestado el modelo piramidal kelseniano) **la pirámide de los instrumentos de la política ambiental**. A la de los textos jurídicos se la puede denominar **la pirámide de los instrumentos o normas jurídicas o legales**.

Existe una simetría lógica entre ambas pirámides. En primer lugar, inversamente a lo que podría aparentar por su gradualidad jerárquica descendente, las normas, estándares, parámetros y métodos constituyen elementos de más estricta regulación jurídica normativa que la política y los lineamientos, no obstante que estos últimos son más difíciles de ser alterados o modificados, dado que atienden a una razón de Estado más imperativa y necesaria.

Dentro de "policy" se encuentran comprendidos todos los componentes jurídicos de más alto rango del derecho público y también los extrajurídicos, que constituyen sus instrumentos de ejecución. En otras palabras, en la clasificación anterior, el término "policy" abarca o tiene su correspondencia normativa con los instrumentos jurídicos, con impacto ambiental, de mayor jerarquía (Constitución, tratados internacionales y normas jurídicas con rango legislativo superior o con mero rango de ley).

En otras palabras, la simetría radica en que los instrumentos jurídicos del derecho público que están naturalmente destinados a ejecutar la política de "Estado" ambiental son solamente aquellos que se encuentran en las tres primeras esferas o categorías funcionales y operativas del sistema jurídico o de la pirámide de las normas jurídicas. Esto es lo que opera adecuadamente y no de otra manera.

Cuando esta relación técnica y simétrica, en el sistema de analogía entre instrumentos de política e instrumentos jurídicos, se confunde, la agencia o ministerio ambiental del país respectivo carece de herramientas aptas para la política pública ambiental, pues no hay correspondencia, en derecho público, entre políticas y normativa legal. La agenda ambiental, en tal caso, carece de consistencia, de fuerza, de legitimidad jurídica y de convicción entre los destinatarios de las mismas.

En efecto, regular las directrices de política ambiental nacional, a través de reglamentos y decretos, es una gravísima confusión en política pública en medio ambiente. Es pretender curar una meningitis con aspirinas y es sinónimo de no comprender la complejidad de las metas ambientales de un país ni los instrumentos jurídicos de derecho público que son aptos para tal función.

El elemento más deficitario de esta modalidad es que se menoscaban la dignidad y la naturaleza esencial de la política ambiental, como política fundamental de Estado. Ello deja de manifiesto un mecanismo de inequidad en la aplicación de ella.

Paralelamente, el problema inverso es tanto o más inaceptable. En ocasiones, se utilizan instrumentos de jerarquía jurídica superior (tratados, Constituciones o convenciones), para resolver problemas de mera administración ambiental. En efecto, en ocasiones se utilizan instrumentos jurídicos de jerarquía superior, en la pirámide normativa, para dar respuesta a necesidades de gestión ambiental menor, local o de parámetros específicos (determinar normas técnicas aplicables a zonas saturadas o áreas específicas de la industria), a través de normativa con rango de ley o equivalente a ella. Esto es un desfase equivocado de política pública ambiental. Es como utilizar portaaviones para eliminar una plaga de mosquitos.

Así como lo anterior deja de manifiesto un sistema inicuo, la "legalización" de normativa específica que debe ser reglamentaria coloca en evidencia otro factor de política equívoca.

Los parámetros, estándares, métodos científicos y normas técnicas requieren de instrumentos jurídicos fáciles y rápidos de modificar, toda vez que evolucionan con gran celeridad con el cambio científico y el avance tecnológico. La norma legal emanada de la potestad legislativa es de lenta evolución y por ende anquilosa o inmoviliza la pronta necesidad de cambio y evolución, que es esencial a las disciplinas del medio ambiente.

Los dos problemas de desfases y desarmonía entre medios de la jerarquía de los instrumentos de la política ambiental y aquellos de la jerarquía de los instrumentos jurídicos constituyen una fuente de ineficiencias e inmovilismos graves en los sistemas ambientales en países de América Latina.

Todo lo anterior es de suma relevancia, dado que el diseño de la macropolítica ambiental debe ir directamente de la mano con la interpretación, aplicación, implementación y ejecución de los instrumentos jurídicos de más alta jerarquía. Hemos insistido reiteradamente en otras publicaciones que la única manera de que la política ambiental nacional goce de una naturaleza universalmente ejecutoria (no con aplicación desordenadamente selectiva) y tenga naturaleza efectivamente vinculante para todos los habitantes es que sus lineamientos fundacionales se establezcan por la ley fundamental de la República.

Dicho lo anterior en otros términos, solamente si se observa una correspondencia y analogía proporcional entre política nacional e instrumentos jurídicos mandatorios, ella tendrá un carácter fundacional y vinculante, para gobernantes y gobernados. A la política ambiental y su aplicación corresponden instrumentos jurídicos de jerarquía proporcional, que son los mecanismos de arquitectura adecuada para su ejecución.

El siguiente es un cuadro de analogía proporcional, donde existe correspondencia horizontal entre instrumentos de la política e instrumentos jurídicos:

Pirámide Jerárquica de la Política	Pirámide Jerárquica de los Instrumentos Jurídicos
Política	Constitución-NRL[21]
Lineamientos-Estrategias	Constitución-NRL
Normas técnicas	Reglamentos-Decretos
Estándares-Parámetros	Reglamentos-Decretos
Métodos- Procedimientos	Decretos-Resoluciones-Dictámenes

Paralelamente, en el orden descendente, los planes de acción y mecanismos operacionales de la política deben encontrarse a la par con los instrumentos legales de inferior jerarquía, toda vez que aquéllos han de ser revisados periódicamente y deben estar plasmados en instrumentos legales susceptibles de rápida modificación[22].

Una vez más, a cada instrumento de la política ambiental corresponde una norma jurídica precisa para su implementación. Es el argumento más sólido que confiere a la política ambiental su legitimidad y es su única garantía de éxito, conciliando estabilidad con movilidad.

Más aún, no es reiterativo (debido a los riesgos que su inobservancia causa) que esta noción sea adecuadamente reforzada, dado que común y erróneamente los instrumentos jurídicos, destinados a servir a la elaboración e implementación de la política ambiental, son separadamente referidos y analizados respecto de la política ambiental misma, pretendiéndose conferir prioridad a lo uno por sobre lo otro. Estos (componentes de la política ambiental) incluyen a aquéllos (instrumentos de derecho público) en una dinámica tridimensional o triple relación.

Primero, los documentos jurídicos son fuente de la política; esto es, le confieren fuerza legitimante originaria (lo que hace que tenga fuerza vinculante y eventualmente sancionante para toda la población); segundo, ellos son los mecanismos de ejecución de ésta (la política es teórica e inaplicable si no es normativa); y tercero, el derecho es uno de los instrumentos esenciales de la política, al cual se le unen otros extrajurídicos. Todos ellos, igualmente efectivos, en tanto sean utilizados en el máximo de su eficiencia y adecuadamente.

[21] Normas con rango de ley, sean ellas leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado o leyes ordinarias. Nomenclatura de tipología legislativa adoptada por la Constitución de Francia, del 58 (Quinta República, promulgada el 4 de octubre de 1958), seguida por la Constitución chilena de 1980. Francia trata sobre la jerarquía de las leyes especiales, en el capítulo del Consejo Constitucional (Artículos 56 a 63 de su Constitución reformada, de 1958).

[22] Ello por cuanto los planes operacionales han de estar sometidos a eventuales modificaciones derivadas de catástrofes naturales sobrevinientes, entre otros factores legítimos de alteración.

Ahora bien, las normas (ambientales técnicas y no jurídicas) y los estándares deben encontrarse contenidos dentro de la esfera rectora del derecho público escrito, en los niveles intermedios o bajos de jerarquía. Tanto ellas como éstos jamás deben ser objeto de ley (como muchas veces, equivocadamente, lo son), toda vez que requieren, por la necesidad de constante evolución técnica, de un mecanismo jurídico que sea objeto de pronta revisión y ágil modificación. Ellos deben rápidamente satisfacer los requerimientos flexibles y cambiantes de las ciencias ambientales.

El derecho público contemporáneo (siempre atento al mundo actual de necesidad instantánea) simplemente no puede estar destinado a llegar tarde a las demandas científicas. Como sucede normalmente cuando ello ocurre, o la ley se trasforma en absolutamente innecesaria e ineficaz (un texto inerte y estáticamente obsoleto, según más adelante se explica) o bien, en caso de que ella sea coercitivamente aplicada (como ambientalmente obsoleta), la misma frena y anquilosa la ciencia y su constante devenir.

No existe otra área del derecho donde esta correspondencia y armonía entre política pública y el adecuado y pertinente texto instrumental jurídico sea más vital para la consecución del objetivo estatal, perseguido por el derecho ambiental.

Dentro de la esfera del derecho escrito, las normas y los estándares (los de la esfera del derecho ambiental no son una excepción) deben ser únicamente regidos por el mundo de la jerarquía o potestad reglamentaria (reglamento y decretos).

Más aún, la tendencia evolutiva de las normas y los estándares ambientales se encuentra aconsejando, cada vez más, en el derecho ambiental comparado, el tratamiento e incorporación de normas, estándares y métodos, dentro de la esfera de los anexos o apéndices a los reglamentos o de los instrumentos ejecutivos de inferior categoría jerárquica a la de un reglamento (decreto simple o instrucciones)[23] o incluso en el ámbito jurídico más elemental del derecho público y el derecho administrativo, cual es el de las ordenanzas municipales. Este último caso es el que tendrá lugar, en caso de que exista un auténtico proceso de descentralización administrativa.

Una vez más, este requerimiento creciente se debe a que los instrumentos legales deben estar al servicio de la ciencia y no obstaculizarla. La ciencia am-

[23] La misma tendencia se observa en los tratados internacionales ambientales técnicos (como los derivados de la agenda química, de la diversidad biológica o del cambio climático), donde los estándares, parámetros y componentes físico-químicos o biológicos se incorporan en anexos o apéndices.

biental nos enseña, cada día, cómo los estándares ambientales se encuentran en constante evolución y que difieren, por el lugar y el tiempo de su aplicación.

La suma conjugada y "puesta en operación" de los instrumentos jurídicos descritos más arriba (aquellos de jerarquía superior, comprendidos dentro del concepto de "política" y aquellos de jerarquía inferior, contenidos en las nociones de "estándares y métodos"), constituye un elemento sustantivo de la política ambiental global, a los cuales (instrumentos) se les suman los componentes extrajurídicos de ésta (política), tales como la participación de las variables ambientales en las cuentas nacionales económicas, la gestión ambiental, la internalización de externalidades ambientales negativas y la educación ambiental[24].

Es clave señalar que la efectividad y el funcionamiento de la política ambiental, y especialmente el éxito en su aplicación, no pueden ser medidos en un país, sin que los requisitos que se enuncian a continuación se hayan satisfecho en plenitud.

Que la suma de los instrumentos, lo que acá denominaremos como "el sistema jurídico ambiental" se encuentre operativa, funcional o en operación, significa que tales textos jurídicos, que conforman la pirámide jerárquica hayan completado al menos tres de cuatro fases separadas. Tales fases jurídicas son: promulgación, vigencia, eficacia y eficiencia. En esta parte de la publicación, en sus aspectos básicos y formales, seguimos muy de cerca la tesis, en la materia, del profesor chileno de derecho civil, en Valparaíso, Rafael Valenzuela Fuenzalida.

a) La **Promulgación** del texto legal ambiental significa que los textos jurídicos han sido adoptados, aprobados y gozan de vigor o vigencia jurídica[25]. En palabras distintas, son normas jurídicamente vinculantes y obligatorias para toda la comunidad, por mandato de la Constitución[26].

Una etapa casi instantánea a la anterior es la de la publicación, la cual no es contemplada en este recuento por no ser jurídicamente técnica y por cuanto se trata de un acto de mera ficción legal. La fase siguiente a ella sí que constituye una etapa relevante en la ejecución normativa del derecho ambiental.

[24] Todos ellos son instrumentos de la GAN (Gestión ambiental nacional o macrogestión ambiental pública).

[25] No solamente los textos legales ambientales, con origen en el derecho interno, sino que los instrumentos internacionales (tratados o convenciones) que, habiendo sido negociados y firmados por el Estado respectivo, luego son ratificados y promulgados como ley interna. Sin perjuicio de lo anterior, los tratados ambientales exigen que normas legales y administrativas internas adopten normativa de ejecución y se adapten sustantivamente al contenido del tratado, pues el derecho internacional ambiental es no autoejecutorio o no autoimplementable, por naturaleza, según se explica más adelante en el 5.1 de esta monografía.

[26] Artículos 3, 4, 6, 7, 19 N° 3 y 20 de la Constitución chilena.

b) La **vigencia** de la norma involucra una cuestión puramente técnica o de derecho, la que no es susceptible de gradación, y es la que alude a su existencia como tal; esto es, como modelo o parámetro anticipatorio, descriptivo, normativo, prescriptivo y vinculante, que deja las conductas preestablecidas, como debidas, y prevé la aplicación de una penalidad o sanción para el caso de la inobservancia a ella.

La vigencia de la norma de derecho público es la que otorga o confiere la esencia del sistema codificado europeo, que no acomoda generalmente al derecho ambiental regulatorio, dado que aquél es un instrumento estático del derecho y, por ello, carece de los elementos de dinamismo que el derecho ambiental reclama[27].

Con todo, cuando se predica que una norma jurídica ambiental es una norma vigente (como lo son muchos de los marcos regulatorios ambientales básicos de América Latina), se está dando cuenta de que la norma simplemente existe y que está produciendo efectos en el mundo del derecho, como un instrumento regulador del comportamiento social, aunque los efectos que produce en el derecho ambiental pueden ser obsoletos, por no estar la norma técnicamente al día. Si la norma tiene vigencia significa que goza de imperio.

Desde esta perspectiva, dice el profesor Valenzuela Fuenzalida, la norma jurídica es aún considerada en estado de reposo. La norma jurídica está o no vigente. Ella no puede estarlo parcialmente. Hasta ahora nos encontramos en estas dos fases, en los meros y simples requisitos procedimentales de vida, sin los cuales la norma carece de existencia formal y, por ello, no tiene por qué ser obedecida por sus destinatarios.

Las dos siguientes fases normativas son sustantivas y son, por ello, las de mayor significancia para conocer la utilidad del sistema jurídico ambiental y, aun más importante, para diagnosticar su impacto social, su adaptabilidad y su aceptación.

Ellas son la eficacia y la eficiencia. La primera es de gran relevancia para la realidad ambiental actual para los países de la región latinoamericana, toda vez que es un factor orientador sobre el examen que debe adoptarse respecto del realismo de la normatividad del medio ambiente actual en el país.

c) La **eficacia** de la norma jurídica ambiental se refiere a una cuestión de hecho y, por ello, susceptible de gradación. Ella alude a la medida en que

[27] Ello hace que el derecho sajón, como derecho casuístico (case law) o generado por la jurisprudencia (judge-made-law) sea más compatible y consistente con la naturaleza evolutiva y dinámica del derecho ambiental y de las ciencias ambientales, a las cuales aquél ha de seguir y normar.

> las conductas o comportamientos sociales imperados o regidos por sus mandatos, aportan o satisfacen, en la realidad, la solución requerida por el problema que se tuvo en consideración al tiempo de su establecimiento o promulgación.

En el caso de la normativa ambiental, ello significa que la norma debe prevenir las conductas contaminantes, por la vía de la inacción u omisión de conductas ambientalmente punibles u ofensivas, y en el caso de la normativa ecológica, la norma ha de ser eficaz, si ampara realmente el capital natural, por la vía de la acción.

La eficacia demanda un ejercicio de conformidad y adecuación. La norma eficaz es la norma pragmática, programática, realista, gradual y funcional. Todas éstas son, de suyo, varios de los componentes esenciales de la norma jurídica ambiental.

Así, el sistema jurídico ambiental, que satisface cabalmente los caracteres esenciales de la macropolítica ambiental (responsabilidad, gradualidad, realismo, funcionalidad y otros), que hacen referencia a los principios rectores de acción, en la aplicación de las normas y la política ambientales en la región, y que son identificados también como tendencias contemporáneas del derecho ambiental, será ciertamente un sistema eficaz, en tanto proporciona los insumos técnicos para lograr los objetivos perseguidos.

En lo que se refiere a la situación específica de los países de la región latinoamericana, para que el diagnóstico o examen de eficacia del sistema jurídico ambiental haya de tener lugar, deben haber llegado a cabal conclusión las etapas previas de promulgación y vigencia, no solamente de la normativa ambiental legislativa básica, sino que de la reglamentaria, que le infunde aplicabilidad, la complementa y la operativiza. En este caso particular, el actual examen de eficacia del sistema jurídico ambiental es, en algunos casos, especialmente prematuro, y [28] en otros casos, es aún imperfecto.

Continuando con la noción de eficacia, cuando se sostiene que una norma jurídica ambiental, de derecho público, es eficaz, no se está haciendo otra cosa que reconocer[29] que las respuestas conductuales reclamadas por su contenido preceptivo o regulatorio han sido, en efecto, las apropiadas para encarar y confrontar la situación que motivó su imposición y entrada en vigor.

[28] En el caso chileno, luego de haberse aprobado, en enero de 2010, las reformas sustanciales a la Ley de Bases del Medio Ambiente, deberán las mismas entrar plenamente en vigencia, luego de lo cual vendrán los exámenes de eficacia y de eficiencia.

[29] Extrapolación, en este caso, de un concepto general del derecho, elaborado por el profesor Valenzuela Fuenzalida, en Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, número 23, segundo semestre, 1983, Valparaíso.

Se reitera que este examen no es factible de realizar cabalmente, con un diagnóstico jurídico-científico certero, hasta que todos los instrumentos jurídicos (superiores e inferiores en la pirámide jerárquica) de la política ambiental se encuentren, por lo menos, promulgados y vigentes.

Por ello, un examen de la eficacia de la política nacional ambiental de un país (ciertamente para el caso chileno) no será posible responsablemente realizar, hasta que sus instrumentos jurídico-políticos de ejecución se encuentren promulgados y vigentes, como mínimo. Aunque sea difícil de concebir que ello ocurra, esto es lo que aqueja a muchos países, como el nuestro, en que no es posible efectuar, con una institucionalidad inexistente o bien inmadura, un examen integral de la legitimidad operacional de los sistemas jurídicos y marcos regulatorios ambientales, bajo el prisma del derecho público[30].

Estimamos indispensable que, en la práctica internacional del medio ambiente, los países aceleren lo más posible las acciones necesarias para la conclusión integral de las dos fases del sistema jurídico ambiental (promulgación y vigencia), de toda la normativa estrictamente necesaria (sin asfixiar o exacerbar el aparato público de normativa ambiental, pues ello es paralizante y altamente contraproducente), sin perjuicio de que se cumpla constitucionalmente con todas las etapas inherentes a estas dos fases (dentro de las que son esenciales las consultas ciudadanas). Una vez concluido ello, deberá existir, con regular periodicidad, un examen de ajuste y conformidad, que es el que técnicamente hemos denominado acá "diagnóstico de eficacia del sistema jurídico ambiental".

La eficacia de la norma jurídica ambiental supone su vigencia, mas ésta no garantiza su eficacia, de lo cual resulta (como ocurre actualmente con muchos sistemas jurídicos ambientales) que se puede estar frente a un sistema vigente, que sea total o parcialmente ineficaz, especialmente en el logro de las metas ambientales inicialmente contempladas. Creo que esta situación es particularmente evidente, en el caso de la legislación ambiental chilena, lo cual ha forzado a introducir reformas institucionales sustanciales, en enero de 2010.

Estas tres son las fases esenciales del sistema jurídico ambiental, que han de constituir, además, los criterios de utilidad, aceptación y conformidad, por parte de la población, con respecto de la normativa ambiental, incluyendo en ella los instrumentos de política ambiental.

[30] Es lo que en el derecho constitucional ambiental de USA se denomina examen o test de "compelling state interest". No es posible examinar si la normativa ambiental es indispensable para el fortalecimiento del Estado y del Estado de Derecho, si la misma carece de institucionalidad del todo o bien ella está inmadura. Par. 102 (2©) de National Environmental Policy Act (NEPA). Roger W. Findley & Daniel A. Farber, "Environmental Law in a Nutshell", West Publishing, Co., California, 1990.

En el orden temporal, habiéndose satisfecho las tres anteriores, se incorporará la cuarta y última fase, que es la del examen de eficiencia de la norma jurídica ambiental, de derecho público. En una estimación, que varía de país en país, esta fase ha de ser evaluada entre 5 y 10 años, después de que el sistema jurídico ambiental ha entrado en vigencia y un tiempo similar, después de que se exhiban periódicos exámenes de eficiencia del mismo sistema.

d) La **eficiencia** de la norma ambiental, como la eficacia, se refiere a una cuestión de hecho, "fáctica", y por ende se encuentra sometida a gradación (*incremental stages*). Ella alude al obedecimiento o sometimiento efectivo, espontáneo o provocado, del "deber ser" o contenido sustantivo, impuesto por la normativa ambiental vigente.

El obedecimiento o bien la inobservancia efectiva del sistema jurídico es algo que puede solamente ser analizado, o más precisamente, evaluado, después de un tiempo considerable, en que las normas vigentes (que contienen la política nacional ambiental y sus instrumentos) han operado en la práctica, en los ámbitos nacional, provincial y sectorial.

La eficiencia de la ley, donde se identifican y encuentran normalmente (todos) los componentes sociológico (norma de conducta), positivo (norma de derecho) y axiológico (norma de valor)[31] es la violentada cuando a la norma ambiental se le impide madurez en su aplicación.

Se ha podido presenciar, como un hecho público y notorio, que en muchos países de la región (con un crónico problema de ineficiencia en la norma ambiental) se ha pretendido aplicar, experimentalmente, diferentes modelos ambientales legislativos, en forma sucesiva, sin habérseles permitido a los mismos un proceso de afianzamiento. En otras palabras, no se ha posibilitado que actúen los componentes o parámetros de "control o examen de eficiencia de la norma ambiental".

Cuando la norma jurídica ambiental es obedecida u observada por convicción real[32] (y no por una mera imposición exógena, como ocurre con las normas que se derivan exclusivamente de un racionalismo jurídico iluminista y kantiano), se puede decir que ella ha adquirido legitimidad y eficiencia totales.

Solamente cuando y después de que se ha logrado esta etapa de eficiencia, por la que se sabe por qué se cumple con la norma ambiental y por qué no, es

[31] Norma jurídica en la teoría tridimensional del derecho del tratadista brasilero Miguel Reale.
[32] Donde los habitantes optan por cumplir con la normas luego de un proceso de autoconvicción de que la vida en un ambiente equilibrado y sano es un derecho fundamental.

procedente contemplar la elaboración de normas ambientales, que describen tipos o conductas penales atentatorias contra el ambiente.

Solamente en tal caso es legítimo que se castiguen, en situaciones límites, la inobservancia y contravención a las conductas aceptadas por voluntad popular, como necesarias para la vida en comunidad. La convicción de cumplimiento de la norma está fundada en el máximo y el mínimo de tolerancia social[33], para el incumplimiento normativo[34].

La norma jurídica ambiental de derecho público que no se encuentra aún legitimizada por el ***test de la eficiencia*** *debe solamente procurar cambiar el hábito y la conducta de la comunidad a la que rige, a través del ejercicio de acciones preventivas y de normas de gestión (las que en su génesis son derecho público, aunque estimulen la iniciativa privada, dado que, al final del día, son fiscalizadas por el ente estatal).*

No se deben, en esta fase previa a la legitimización de la norma, establecer normas punitivas o castigatorias tempranas, que son instrumentos para desestimular el cumplimiento voluntario de la norma ambiental[35]. Si este fuera el caso, el derecho ambiental debió, como disciplina jurídica, haberse gestado como una mera división especializada del derecho penal, sin autonomía respecto de éste. La realidad, sin embargo, no puede ser más distante de ello. ***La pena penal (a menos que sea inevitable) es la negación esencial del derecho ambiental.***

No es la tribuna para tratar esto ahora, pero la constitucionalidad de las conductas tipificadas, en tipos penales ambientales, está casi siempre en cuestionamiento por ser figuras penales de delitos de peligro y por la tendencia

[33] Test de la máxima tolerancia social es el que determina los niveles o parámetros máximos de contaminación que el cuerpo social puede soportar, sin exigir el pago de una compensación o carga individual. Este es un concepto que debería aplicarse en Chile, dado que está constitucionalmente fundado, en el Artículo 19 N° 20 (igualdad de la repartición de las cargas públicas) es un principio fundamental de la igualdad del derecho público, en el orden público económico, como factor fundacional de la Constitución de 1980. En este acápite constitucional es donde los tributos por contaminación se encuentran legitimados.

[34] Por ejemplo, será el cuerpo social el que indique, a través de la eficiencia de la ley ambiental respectiva, cuál será el máximo social tolerable para los estándares de contaminación de una ciudad, tal como Santiago. La norma de derecho público que determine tal parámetro permisible será la resultante de un pacto social de tolerancia o permisividad. Más allá de lo socialmente tolerable (para legitimar la norma de aplicación), deberá imponerse un gravamen o desincentivo, como podría ser un instrumento de gestión o GAN, tal como un impuesto a la contaminación, aplicado al delta de polución, más allá del límite tolerable, que fija la eficiencia de la norma. Así es normada la tasa de los tributos fiscales-ambientales a la contaminación, en USA y Europa.

[35] Existe evidencia empírica mundial de ello, en el cumplimiento de la norma ambiental, contrariamente a lo que tiende a creerse. Esto es particularmente demostrable en los países con sistemas aún institucionalmente inmaduros pero con rigurosos sistemas punitivos, de derecho penal ambiental especial (ciertos Estados de Brasil, algunos países de la Unión Europea, algunos Estados de los Estados Unidos, Venezuela, Jordania o Colombia, por citar algunos).

manifiesta de los tipos ambientales a describir legislativamente leyes penales en blanco[36].

Solamente cuando se ha logrado legitimidad y eficiencia real (por convicción) de la norma ambiental de derecho público, su violación grave (en el caso de que sea no solamente constitutiva de un mero agravio civil o administrativo) será portadora de un disvalor severo, que merezca ser penalizado penalmente[37].

Los indispensables diagnósticos periódicos sobre la eficacia del sistema jurídico ambiental (que han de incluir, si es recomendable, modificaciones o reformas a la legislación ambiental) determinarán si el mismo goza o no de eficiencia, luego de un lustro o, probablemente, de una década de revisiones de sus sistemas.

Cuando se sostiene del sistema jurídico ambiental que es eficiente, se presumen su promulgación, su vigencia y su eficacia. En tal caso, se quiere significar que los mandatos contenidos en las normas han alcanzado, en el transcurso del tiempo, un grado satisfactorio de aplicación y cumplimiento, sea por sometimiento o convicción voluntaria de la población a la norma ambiental (súbditos de la norma ambiental de derecho público), o bien sea por la acción fiscalizadora o compulsiva de los agentes encargados de hacerla cumplir (efecto imperio de la norma).

Estas cuatro categorías o fases son válidas, por la relación continente a contenido, para la política ambiental, en tanto el sistema jurídico ambiental es un instrumento de ejecución. Estas fases ineludibles hacen imperativo para los países de la región iberoamericana observar rigurosamente las fases de ejecución de la norma.

---

[36] Amplia experiencia, en la materia, en cuanto a la protección penal de medio ambiente. Aunque no de una manera tan precisa, por lo oportuno de la advertencia, el problema fue tempranamente vislumbrado por autores visionarios, tanto en países en vías de desarrollo como en industrializados y desarrollados. En Alemania, Francia, España e Italia, véanse Miguel A. Cobos Gómez de Linares, "La Protección Penal del Medio Ambiente en Alemania, Francia e Italia", en *Derecho y Medio Ambiente*, Madrid, 1990; Luis Rodríguez Ramos, "Presente y Futuro de la Protección Penal del Medio Ambiente" (ídem); José Francisco Martínez Rincones, *El Delito Ecológico*, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1978 (visión muy pionera); *Droit de la Protection de la Nature et de l'Environnement*, LGDJ, París, 1973; "Ambiente: Saggiosui suoi Aspetti Giuridici", en Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, número 1, 1973; Paulo Affonso Leme Machado, *Dereito Ambiental Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paolo, 1982; Miguel Patiño, *Legislación Ambiental Colombiana*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1985; Raúl Brañes, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp 223 y 224. Por último, véase US CERCLA (SuperFund), 42, USCA, Pars. 9601 to 9675 on Criminal Liability, in *Selected Environmental Statutes*, West Publishing, Co., Sain Paul, Minn., 1992.

[37] Sin perjuicio de que el sistema jurídico tiene, actualmente, suficientes instrumentos desincentivadores (no todos los que debiera, sin embargo, en el caso chileno) y eventualmente penalizadores de las conductas que degradan el capital natural y contaminan los diferentes cuerpos receptores, incluyendo regímenes de responsabilidad civil objetiva, por daño ambiental (*strict liability*) en tres casos, en el derecho chileno. Jorge Luis Varela Del Solar, "Las Fases Esenciales de la Responsabilidad Ambiental: Preventiva y Correctiva, Instituciones Comparadas entre el Derecho Norteamericano y el Chileno", Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago y Concepción, Año XI, Número 21, Santiago, enero 2010, páginas 63 a 65.

Todo lo anterior nos lleva a demostrar que, en el ámbito de la protección ambiental y los instrumentos destinados para este efecto, es un ejercicio teórico, erróneo e irresponsable el intentar separar el mundo del derecho público ambiental respecto del de la política ambiental.

El derecho público es el pilar fundamental en la ejecución de la política ambiental[38]*, y ésta, a su vez, se ejercita en forma significativa, a través del mundo jurídico-normativo, como su vehículo natural.*

No podemos concluir este capítulo sin destacar que la población toda (actualmente denominada por los organismos político-financieros internacionales, como *"civil society"*)[39] es un actor fundamental en la aplicación y ejecución de las políticas ambientales –si se anhela a que éstas sean eficaces y eventualmente eficientes– y el derecho público es el puente comunicacional más relevante que existe entre los detentadores y los destinatarios del poder, especialmente en áreas tales como la de la protección y el rescate de los recursos naturales y del medio ambiente, donde se exige un balance equitativo, participativo y sustentable de todos los actores del Estado de Derecho.

La participación de la población es simultáneamente un derecho inderogable y un deber ineludible.

2. Aplicación jerárquica y eficaz de las normas de derecho público

Para que toda la esfera jurídica del derecho público opere en forma jerárquica y equilibrada, al servicio de la aplicación de la política ambiental, es necesario que los detentadores y destinatarios del poder conozcan sus derechos y obligaciones, con total transparencia, desde la cima del ordenamiento jurídico, en jerarquía descendente. El conocimiento descendente de la normativa jurídica será lo que posibilite la aplicación, también descendente, de la misma.

El sistema jurídico ambiental jerarquizado, eficaz y eficiente, se logrará con la aplicación y ejecución de sus normas *"top-down"* y no *"bottom-up"*, esto es, desde el tope de la pirámide hacia abajo y no inversamente.

[38] GAN o gestión ambiental nacional.

[39] Los organismos que administran la agenda ambiental internacional y otorgan préstamos para proyectos de tal área se refieren, en materia ambiental, a la sociedad civil o *"civil society"*, haciendo referencia directa a los actores medioambientales, que gozan de derechos y están sujetos a obligaciones en la materia. En Chile se le denomina "la ciudadanía". Esta denominación constituye un grave error constitucional, dado que por virtud del artículo 13 de la Constitución chilena, ciudadanos son solamente los chilenos mayores de 18 años.

2.1. Normas constitucionales de relevancia ambiental: directas-indirectas-casuales-deliberadas

Según lo hemos detallado en otras publicaciones sobre derecho constitucional ambiental, las normas constitucionales que producen efectos ambientales pueden ser directas o incidentales.

Las primeras son las que han sido diseñadas expresamente para producir tales efectos, por el constituyente, tales como la del artículo 19 numerales 8 y 24 y la del artículo 20 de la Constitución chilena. A ellas también se les denomina normas constitucionales ambientales deliberadas.

Por contraste, las normas indirectas o incidentales son aquellas que producen un efecto marginal (no deseado expresamente al dictarse o generarse la norma) en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones ambientales. Ejemplo de ello es el artículo 19 en sus numerales 3 ó 21. A éstas también se les denomina normas constitucionales ambientales casuales[40].

Es menester recordar que la fuente originaria de esta publicación fue de análisis de la Constitución de El Salvador, específicamente, dado que se trata del texto constitucional del hemisferio americano (de 1983), que mayor número de disposiciones ambientales tiene, tanto deliberadas como casuales[41], lo cual no es una consecuencia de un accidente, sino que de asistencia técnica y jurídica internacional continua, por varias décadas, de gobiernos europeos y de la agencia de desarrollo internacional norteamericana, como ya antes se mencionara.

Otro texto constitucional latinoamericano con un significativo impacto de normativa ambiental es el del Paraguay, en el que también (como en el caso de El Salvador), existen normas de política nacional ambiental, como rectoras de derecho público, en el ámbito de la máxima jerarquía en ambas pirámides[42].

[40] Esta nomenclatura también la recoge, entre nosotros, Raúl Brañes de Rafael Valenzuela Fuenzalida (cit supra).

[41] Las disposiciones constitucionales de la parte dogmática de la Constitución de El Salvador que tienen relevancia ambiental son los Artículos 1, 2, 6, 8, 11, 15 18, 32, 35, 53, 55, 65 y 69. Las normas constitucionales de la parte orgánica de la Constitución de El Salvador que tienen relevancia o impacto ambiental están en los Artículos 13, 14, 21, 54, 101, 102, 103, 106, 110, 113, 117, 144, 145, 146, 149, 203, 207, 246 y 247 de dicho texto.

[42] La Constitución Nacional del Paraguay, de 1992, aborda tempranamente (en el derecho constitucional ambiental comparado) normas fundamentales de política pública ambiental, entre los Artículos 4 y 8. En efecto, el Título II, sobre los derechos, deberes y garantías, contiene su capítulo I sobre la vida y el medio ambiente, en el cual se encuentra el Artículo 7 inciso segundo, que ordena que la política y la normativa ambiental orientarán la legislación y la política gubernamental. En otra publicación sobre la evolución constitucional de los derechos ambientales de la región (y la constitucionalización del derecho ambiental), hemos explicado que la Constitución de Paraguay se encuentra en la fase tres de desarrollo constitucional de derechos ambientales, siendo ésta la de las Constituciones que consagran normas sobre política pública ambiental y, más aún, vinculan directamente el derecho a la vida con el del derecho humano al medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Esta no es la tribuna pertinente para estudiar cada una de las disposiciones citadas, la mitad de las cuales son normas ambientales directas, pero es menester indicar que el análisis y el estudio pormenorizado de ellas tendrá un efecto significativo en todos los textos legales y ambientales de inferior jerarquía, en el país.

El Salvador es un ejemplo de una coherencia y consistencia entre normas jurídicas ambientales de derecho público y política pública ambiental informante y legitimante de aquéllas. Todas las normas constitucionales deben ser cuidadosamente observadas, pues ellas son las que informan los macroprincipios de la política ambiental y tienen una incidencia fundamental en la aplicación de la ley marco[43] o nacional del medio ambiente y en sus respectivos reglamentos (general y especiales).

Tanto las normas constitucionales de derecho ambiental directo como aquellas de impacto ambiental incidental (tanto sustantivas como procedimentales) deben ser observadas y aplicadas en los instrumentos jurídicos ambientales de inferior valor, tanto de rango legislativo como de la potestad reglamentaria.

2.2. Normas jurídicas de jerarquía legal

Estos son todos los textos de categoría normativa de ley, comenzando por la ley básica de medio ambiente de un país[44], que deben estar promulgados y vigentes (al menos). Existen normas y preceptos, aun dentro de una ley básica de medio ambiente, que deben ser modificados y puestos al día, con relativa periodicidad, con el propósito de ajustar ésta a la Constitución[45].

Solamente una revisión periódica de la legislación ambiental, para acoger las modificaciones institucionales y normativas que correspondan, hará que la ley alcance un objetivo ulterior de eficacia y de eventual eficiencia.

[43] En el caso de El Salvador, Ley del Medio Ambiente, con 116 artículos, siendo los tres primeros dedicados a la política nacional del medio ambiente y su Artículo 17 dedicado a la evaluación ambiental estratégica, que es la institución en la que la intersección entre derecho público y política ambiental se plasma de una manera más viviente y efectiva.

[44] Incluyendo los tratados internacionales ratificados o que contienen normas de *ius cogens* (en el caso chileno, cuyo rango constitucional es equivalente al de ley) con excepción de aquellos tratados internacionales ratificados por Chile, que contengan derechos humanos ambientales fundamentales, en cuyo caso entran en la categoría de jerarquía constitucional, reconocida por el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena.

[45] No es una política legislativa adecuada que las leyes del medio ambiente definan conceptos (a menos que sean nociones sola y estrictamente jurídicas), dado que los conceptos científicos y técnicos del medio ambiente (y sus estándares y parámetros) evolucionan constantemente, de acuerdo al avance científico, a las condiciones de la industria, por las localidades geográficas en los que se miden y con arreglo al estándar a que el país respectivo se acoja.

Entre la literatura jurídico-técnica comparada, es notable el ejemplo de la legislación ambiental de El Salvador, que con acierto y una política legislativa de derecho público adecuada, integra y cohabita armónicamente en su interior el derecho ambiental y la política ambiental, con un juego simétrico entre crecimiento, adaptabilidad y flexibilidad al cambio, por un lado, y estabilidad y seguridad mínimas, por el otro.

2.3. Normas jurídicas de jerarquía reglamentaria

Tales cuerpos son todos aquellos que se encuentran en la base de la pirámide de textos jurídicos. Son todos aquellos derivados de la potestad reglamentaria, extendida y de aplicación. Estudios prolijos de confección de dichos cuerpos legales, por abogados especializados en medio ambiente y técnicos y científicos en el área respectiva (y no meras comisiones de estilo, en el mejor de los casos, como ocurre) han de ser los que diseñen, redacten y apliquen estos textos, de manera tal que ellos sean instrumentos de derecho público inferiores, capaces de reflejar y ejecutar, integralmente, en el ámbito normativo y de estándares o bien en el sector comunal o local, las políticas públicas de Estado en materia ambiental.

Cuando la vigilancia de quienes deben velar para que ambas pirámides jerárquicas se armonicen y tengan un estricto régimen descendente, es descuidada, o, lo que es más deficiente aún, cuando la legislación y las regulaciones emanan de un acto de imprudente improvisación o forzado por un mero motivante internacional, jamás habrá eficacia ni menos aún eficiencia en el sistema jurídico ambiental nacional[46].

La experiencia internacional, en materia ambiental, es elocuente y abundante. Ella es que las normas ambientales no se consolidan (en eficacia y eficiencia), cuando el afectado por éstas no percibe estar cumpliendo con una disposición que comprende, que la hace suya y que interpreta como indispensable para su presente, su futuro, el del mundo y su país, el de sus hijos y el de su empresa y su comunidad[47].

Dentro de las unidades más elementales de preceptos de la potestad reglamentaria y, por ende, de la jerarquía piramidal del derecho público, encontramos

[46] Deficiencia que ha sido un lugar común, por años, en América Latina, con excepción de la experiencia de la América Central, cuyo ejercicio de edificación de su estructura de política ambiental y de instrumentos jurídicos ambientales ha sido diseñado en forma científica y de manera concienzuda. Los resultados, en términos de desarrollo sustentable de la región y de madurez de su sistema de amparo ambiental y cuidado de su capital natural (después de un proceso que se iniciara en la década de los noventa), comienzan a ser evidentes en este primer decenio del siglo.

[47] No obstante que ello es materia de una monografía diferente, en este vínculo de percepción y conciencia es que se funda la íntima relación entre protección ambiental, desarrollo sustentable y responsabilidad social empresarial (RSE).

los decretos simples, las instrucciones e instructivos, las circulares generales, los dictámenes[48] y las ordenanzas municipales. Todos estos textos han de observar no solamente los mandatos constitucionales y legales, sino que aquellos derivados y contenidos en los instrumentos internacionales ambientales.

Ahora bien, la jerarquía piramidal de las normas jurídicas, en muchos países de la región (casi sin excepción en la América Central), consagra que los instrumentos internacionales (tratados y convenciones), debidamente ratificados por la instancia constitucional del país, tienen primacía o prevalecen por sobre las normas de rango legal, en caso de existir conflictos entre los tratados y las leyes (potestad legislativa)[49].

En varios países de la región, el principio de primacía internacional ambiental se encuentra constitucionalmente consagrado de la siguiente manera, regularmente: la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para el país respectivo. De lo anterior se desprende que los tratados o instrumentos internacionales ambientales, de mayor significancia actual en el mundo, los cuales gozan de un elevadísimo grado de ratificación por parte de los países de la región, prevalecen por sobre cualquier obstáculo o entorpecimiento que las normas legales de un país puedan imponerles[50].

Esta norma jerárquica constitucional, ante el derecho internacional ambiental contemporáneo, es de vital importancia, pues el grado de estrictez normativa y regulatoria de los tratados, tanto en materia de medio ambiente construido (*man-made environment*) y en materia de ambiente físico-químico o ambiente natural (*natural environment*) es muy superior a la rigurosidad de la legislación ambiental interna[51].

Una vez cobra vida la tesis que con insistencia hemos expresado en diversos foros. El intentar llenar vacíos legislativos, a través de normas reglamentarias, es inexcusable en todo tiempo y circunstancia (a menos que haya correspondencia jerárquica en

[48] Con excepción de aquellas emanadas de la Contraloría General de la República, que son las que velan por el Estado de Derecho en el derecho público.

[49] Esta solución es similar a la contemplada en el Artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena, pero en el caso de la mayoría de los países de la América Central, los tratados e instrumentos internacionales tienen rango o jerarquía constitucional, en todo caso y siempre y no solamente tratándose de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como lo es la calidad de la vida.

[50] Este es uno de los motivos (de varios) por los cuales los tratados ambientales (aquellos destinados a prevenir la contaminación, distinguiéndolos de los tratados ecológicos) inician su articulado, indicando "cada parte prohibirá y/o adoptará las medidas jurídicas y administrativas que sean necesarias para..." (Convención de Estocolmo, sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs): uno de los tres tratados de la columna vertebral de la agenda química)

[51] En el caso chileno, aproximadamente entre 65 y 70% de las obligaciones ambientales globales de las empresas e industrias tiene su fuente en el derecho internacional ambiental ratificado por el país. Una consideración completamente diferente es, sin embargo, que haya un bajísimo grado de fiscalización de dichas normas.

la pirámide de normas, entre norma legal y norma técnica) y ello constituye una gravísima violación del orden constitucional, del Estado de Derecho y del derecho público. Es muy común, por desgracia, en los ordenamientos legales ambientales de nuestra región.

Estas irracionalidades e inconsistencias jurídicas internas al sistema jurídico-político ambiental son rápidamente detectadas, por medio del ejercicio ciudadano de los mecanismos que el mismo sistema aludido ofrece para su autoevaluación. Así, basta un solo reclamo sustantivo, ante un órgano como una contraloría general (o entidad análoga, en el respectivo país), acción de constitucionalidad (en tanto proceda) ante la corte o tribunal constitucional o bien acción cautelar o tutelar de un derecho constitucional (acción de amparo, mandato de seguridad o recurso de protección, dependiendo del país), para que todos los esfuerzos legislativos ambientales peligren, debido a incompetencia orgánica.

3. Naturaleza interdisciplinaria de las ciencias ambientales. Carácter especial del derecho y la política ambientales

Se explicó el carácter inter y multidisciplinario de las ciencias ambientales, en tanto ellas cruzan transversalmente todas las áreas de las ciencias exactas y de las humanas, especialmente, dado que están destinadas a modificar hábitos y conductas del ser humano.

El diálogo interdisciplinario, en consecuencia, es el que ha de seguir obligatoriamente al quehacer ambiental. Toda otra forma de trabajo es parcial e insuficiente para confrontar un problema que es de suyo integral.

Los países que tienen experiencias involutivas en su desarrollo ambiental (por la deficiencias expuestas hasta ahora) normalmente han experimentado diálogos ambientales herméticos o que se realizan por compartimentos; médicos con médicos; abogados con abogados; economistas entre sí o ingenieros entre sí. En ellos no hay riqueza temática ni enriquecimiento recíproco, con el ángulo que cada técnico trae a la agenda ambiental.

En las disciplinas ambientales (atípicas y transversales, por la naturaleza de las cosas) debe existir el disenso entre ellas. Este no solamente es posible, sino que conveniente y necesario.

4. Naturaleza eminentemente evolutiva de las ciencias ambientales. Conflictos y ventajas

Directamente conectado con el punto anterior, las ciencias ambientales (dentro de las que ciertamente se incluye el derecho público ambiental), la economía ambiental y la política ambiental, son eminentemente evolutivas, por lo que reclaman instrumentos que posibiliten su movilidad.

Por la razón anterior, el instrumento jurídico que se ajusta a las mismas (en tanto se halle en su rango jerárquico debido) es el reglamento, dado que éste goza también de naturaleza flexible y funcional.

El carácter evolutivo de las disciplinas ambientales hace que el diálogo intercientífico sea complejo. Por eso mismo, es fácil encontrar discrepancias severas, incluso al interior de una misma disciplina, en la manera de concebir la vía hacia el desarrollo sustentable y sobre los mecanismos para utilizar en ello. La discrepancia, erróneamente, se considera como conflicto u obstáculo y no como vía legítima de cada disciplina hacia una solución que exige la participación de todos los afectados por los retos ambientales: técnicos y habitantes comunes a quienes afectan las normas en el diario vivir.

La necesidad del diálogo interdiscplinario se debe a que el objeto material del estudio de todas las disciplinas del ambiente es común para todas ellas: la biósfera. Esta constituye lo más complejo y extenso del objeto de investigación que pueda ser examinado por el hombre. Este es el motivo, además, por el cual el derecho ambiental es joven y evolutivo.

5. Pirámide jerárquica de las normas jurídicas del medio ambiente

Hemos ya repasado que la pirámide jurídica jerárquica kelseniana de las normas está encabezada por la Constitución, a la que le siguen (comúnmente y en condiciones generales) los tratados internacionales. Luego de ello se encuentran las normas emanadas del Poder Legislativo (preceptos legales), para seguir en el orden jerárquico descendente con las normas de la potestad reglamentaria (general y particular).

El orden jerárquico de todas las normas descritas es inversamente proporcional a la susceptibilidad de enmienda o reforma de que adolecen. A menor jerarquía, mayor flexibilidad.

5.1. Evolución del derecho ambiental internacional y comparado contemporáneo

No existe en el mundo del derecho de hoy un área que evolucione más vertiginosa y dinámicamente que el derecho internacional y comparado ambiental sustantivo[52], en sus vertientes tanto de incorporación y adaptación de los instrumentos internacionales al ámbito de cumplimiento y aplicación internos en los Estados, como en la de la tendencia de armonización progresiva y codificación de las normas ambientales nacionales (como debe constantemente ocurrir) a las exigencias impuestas por las instituciones a las que los países acceden y por los instrumentos internacionales que los Estados ratifican[53].

Tenemos que advertir, en esta tribuna, que existe siempre un carácter relevante en la disciplina del derecho internacional ambiental contemporáneo. Los tratados internacionales ambientales son esencialmente *"non-self executing"* o *"non-self implementing"* (no autoejecutorios).

Ello significa que para su cabal aplicación, en el ámbito interno, los mismos requieren –luego de concluidos los procesos de ratificación o adhesión, por parte de los respectivos Estados– de las normas jurídicas necesarias para la adopción sustantiva del tratado en el ámbito interno.

El derecho ambiental es probablemente la única área del derecho contemporáneo en que por su naturaleza y su complejidad técnica, requiere de la adaptación y adecuación de la norma sustantiva interna en la materia. Existe una incorporación compleja del derecho internacional al interno.

El proceso denominado "accesión o incorporación sustantiva" se manifiesta normalmente a través de la promulgación de leyes especiales y de reformas a los sistemas institucionales. De la norma sustantiva de derecho internacional ambiental, que se convierte en ley interna de la república, han de emanar derechos y obligaciones que son, muchas veces, de vital orden para la comunidad interna de los Estados.

[52] No obstante que no podemos dar cuenta de esta afirmación acá, con detalle, sí adelantamos una explicación, al concluir esta monografía (capítulo 6).

[53] En el caso chileno, la necesidad de adaptación de su legislación interna está ordenada por las entidades supranacionales a que accede (como por ejemplo, los requerimientos ambientales y de desarrollo sustentable de OCDE, desde el 15 de diciembre de 2009) y por la perpetua vocación del Estado chileno de ratificar todo tratado internacional medioambiental disponible, aun cuando el país no tenga la voluntad política, la adaptabilidad o consistencia jurídica ni la capacidad económica de aplicarlo e implementarlo.

5.1.1. Tratados. Conflictos de supremacía e interpretación con la ley de medio ambiente

Para ejemplificar esta tensa relación, que en materia ambiental existe en muchos países de la región, tomaremos nuevamente como ejemplo a El Salvador. El Artículo 144 de la Constitución de dicho país (como varias otras de Centroamérica) declara que la ley no puede modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente, como tampoco lo acordado en tratados ambientales subregionales mesoamericanos, ratificados por El Salvador y que en caso de conflicto entre el tratado y la ley (norma jurídica de precepto legal), prevalecerá el tratado.

Desde el punto de vista técnico, los conflictos jurídicos pueden revestir diversas formas, mas en todas ellas las normas y el bien jurídico protegido por el tratado tienen primacía respecto de aquellos bienes resguardados y contemplados por la ley.

Ponemos especial énfasis en que esto reviste significativa importancia, tratándose de las ciencias ambientales, dado que los instrumentos internacionales ambientales (multilaterales, regionales o subregionales) normalmente contienen normas más estrictas de responsabilidad y mayor grado de obligaciones ambientales, que aquellas contempladas en las leyes marco de cada país.

5.1.2. Normas internacionales de ius cogens *o derecho consuetudinario*

Este es uno de los tópicos más complejos del derecho internacional actual, especialmente respecto del impacto de jerarquía en el derecho interno. El derecho internacional ambiental se encuentra generando, día a día, profusión de normativa ambiental[54], principalmente en materia de normas obligatorias para los ratificantes originales de los instrumentos internacionales[55].

Son muchas las conductas y "hábitos ambientales de la comunidad internacional" que pasan a formar parte del catálogo de normas internacionales vinculantes, por vías alternativas a la letra grande de los tratados internacionales. La forma cómo esto se plasma, en tanto fuente del derecho ambiental, supera los objetivos de esta monografía.

[54] Especialmente a través de resoluciones vinculantes, emanadas de las conferencias de las partes de los tratados, de las resoluciones generadas por la secretaría de los respectivos tratados y por la incorporación de nueva normativa sustantiva en anexos de tratados y convenciones y a través de protocolos adicionales a los tratados (véase el 5.1.4 de este texto).

[55] En materia de residuos tóxicos, agenda química, cambio climático, bosques, diversidad biológica, bioseguridad y especies en peligro de extinción, solamente para citar las más relevantes.

5.1.3. Ratificación ordinaria de tratados ambientales

La ratificación ordinaria o regular es aquella que el Estado celebra con arreglo al derecho internacional y por la que se inicia el proceso interno (meramente formal e insuficiente) que culmina con la conversión del instrumento internacional en ley de la república. Como antes observamos, la ratificación es el paso inicial hacia la ejecución del instrumento internacional.

5.1.4. Ratificación extendida (resoluciones de las conferencias de las partes) de los tratados ambientales

La ratificación extendida es la que se deriva de la ratificación ordinaria o regular. Por virtud de la ratificación extendida o analógica, el Estado acepta perpetuamente (sin perjuicio de la validez y efectos legítimos de las reservas válidamente introducidas al momento de la firma de instrumento) todas las resoluciones de las conferencias de las partes al tratado correspondiente, que se han incorporado *ipso iure* al mismo texto central[56].

Existe una incorporación o extensión automática en las obligaciones ambientales del Estado respecto de la comunidad internacional ratificante. El fenómeno de la ratificación extendida es particularmente relevante en materia ambiental, dado que los aspectos más sustanciales y vitales en la aplicación de los tratados, se derivan de las conferencias de las partes de los mismos así como de la aplicación de sus protocolos, apéndices y anexos.

Esto es así, por la naturaleza dinámica, evolutiva y constantemente creciente de la política ambiental mundial y de su legislación internacional.

Cuando se examina, por ende, la primacía o prevalencia de un tratado sobre una ley ambiental nacional, por existir conflicto entre ambas, deben examinarse también todos los elementos que se le han incorporado al tratado, por la vía de la ratificación extendida, toda vez que constituyen obligaciones para el Estado-Nación.

5.2. Riesgos graves de legislar a través de reglamentos, pretendiendo llenar vacíos dejados por las leyes ambientales

La tendencia de muchos países de legislar a través de la potestad reglamentaria o de reglamentos es una política legislativa ambiental inadecuada, por todo

[56] Probablemente el ejemplo más claro, en materia ambiental, sean las cientos de resoluciones que se aprueban en cada Conferencia de las Partes, en uno de los tratados más activos y fecundos en el derecho internacional que es la Convención CITES, de 1973 (Convención de Washington), sobre comercio internacional de especies de flora y fauna amenazadas y/o en peligro de extinción, cuya secretaría mundial se encuentra en Ginebra, Suiza.

lo antes ya explicado. Es además una política inconstitucional. Deja la puerta abierta para que por la vía de la inconstitucionalidad, válidamente impetrada, pueda derribarse el sistema jurídico ambiental. Lamentablemente esta es una práctica común, en circunstancias de que es improcedente por violar la simetría de las pirámides jerárquicas del sistema ambiental.

5.3. Riesgos de sancionar o penar a través de reglamentos, sin sujeción a los mandatos constitucionales, legales y de los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el país respectivo

Como se anticipara, de la misma manera, existe la errada tendencia a penalizar o a imponer penas de naturaleza penal, a través de reglamentos, lo cual constituye una práctica inadecuada e inconstitucional. Ella se encuentra prohibida por el derecho penal internacional y su doctrina[57].

Una vez más, se corre innecesariamente el riesgo paralizante de inducir sentencias judiciales constitucionales que derrumban o severamente alteran el sistema jurídico-político ambiental. Esto, además, es extremadamente oneroso y desincentivador para empresas, industrias e individuos que han invertido en un modelo ambiental cuya legitimidad se cuestiona, solamente por una política legislativa irresponsable.

En este contexto, es digna de individualizarse la pena de confiscación[58], la que por ejemplo, en el caso del Artículo 106 de la Constitución de El Salvador, se encuentra prohibida, sea que ella se aplique en su dimensión de pena penal o de simple pena administrativa. Los actos confiscatorios son extremadamente peligrosos, dado que conllevan el germen de la inconstitucionalidad en el derecho público[59].

5.4. Consistencia normativa en materia ambiental

5.4.1. Controles verticales de sujeción y conformidad

Por controles de sujeción y conformidad de naturaleza vertical nos referimos a los que se derivan directamente de la pirámide jerárquica antes descrita. En efecto, los instrumentos jurídicos inferiores deben ajustarse (sujeción y conformidad) a los superiores, sustantiva y procedimentalmente.

[57] Véase, *et al.* Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, Volumen I, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976, páginas 50 y ss.; Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, páginas 35 y ss.

[58] Regularmente utilizada en algunos países de la región, en el proceso de decomiso policial o aduanero de especies o subespecies CITES (Costa Rica, México, Paraguay, Bolivia).

[59] En el caso del derecho chileno, el acto confiscatorio debería cumplir con dejar incólumes los derechos garantizados en el Artículo 19 números 3, 7, 8, 21 y 24, con arreglo al Artículo 19 número 26 de la Constitución de la República.

El examen de conformidad va de abajo hacia arriba. En caso de que el reglamento vulnere principios, directrices o disposiciones expresas de las leyes, tratados o de la misma Constitución, el primero debe ser modificado y ajustado, con el propósito de evitar que sufra ataques, durante su vigencia, que pongan en riesgo el sistema jurídico ambiental. Esto es lo que se denomina prevención legislativa, en cuanto evita la restauración ex post, después de que el daño se ha producido. En materia ambiental esto es doblemente perjudicial, por el costo económico que ello implica para los destinatarios de la norma, en especial si ellos son personas jurídicas.

Los controles verticales de sujeción o conformidad, en el derecho público comparado, son cuatro[60], los que corresponden precisamente a los cuatro grados o jerarquías de instrumentos jurídicos, anteriormente explicados:

1) Constitución

2) Tratado o instrumento internacional

3) Ley

4) Reglamento

1) Examen Vertical de Supremacía Constitucional, por el que se garantiza la jerarquía suprema vertical (de forma y fondo) de la Constitución, en toda circunstancia y respecto de todo el ordenamiento jurídico nacional.

2) Examen Vertical de Exequibilidad, por el que se garantiza la primacía constitucional por sobre los tratados internacionales. Esta noción nació y es única, como instrumento, al derecho constitucional de Colombia[61].

3) Examen Vertical de Prevalencia, por virtud del cual se garantiza la primacía del tratado internacional por sobre la ley, cuando existe conflicto entre ambos[62].

4) Examen Vertical de Legalidad, por el cual se garantiza la primacía de la ley por sobre el reglamento.

[60] En el derecho constitucional ambiental comparado.

[61] Capítulo 4 sobre la jurisdicción constitucional, Artículo 241 número 10 de la Constitución de Colombia de 1991. La exequibilidad de los tratados internacionales existe, por cuanto éstos tienen una jerarquía de norma legislativa, lo cual es el caso en la gran mayoría de los países de América del Sur (a diferencia de América Central y El Caribe).

[62] Este es el examen a que da lugar la hipótesis de hecho, cada vez que se aplica el Artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena.

Ahora bien, existen instrumentos jurídicos internos e internacionales (de diversa naturaleza, cuyo examen técnico sobrepasa a este ensayo) que permiten efectuar los exámenes de control verticales, antes mencionados. Algunos de ellos son:

1) La interpretación consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[63], por virtud del Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante la trascendencia del estudio de este examen o instancia consultiva (ejercicio de la jurisdicción consultiva de la Corte), no es pertinente hacerlo acá. Este es un instrumento internacional o externo de control vertical de juridicidad (sujeción y conformidad), para los exámenes 2 y 3 más arriba indicados.

2) La acción constitucional tutelar o cautelar de amparo (con diferentes nombres constitucionales, tales como mandato de seguridad, acción de tutela, acción de amparo o acción de protección), ejemplificada en el Artículo 86 de la Constitución de Colombia, Artículo 20 de la Constitución de Chile, Artículo 5 (LXIX) de la Constitución de Brasil o Artículo 200 (2) de la Constitución de Perú, por citar solamente algunos casos. Este es un instrumento interno o nacional de control vertical de juridicidad (sujeción y conformidad) para los exámenes 1, 2 y 3 más arriba enunciados.

3) El recurso constitucional de exequibilidad (del derecho constitucional de Colombia). Este es un instrumento interno de control vertical de juridicidad (sujeción y conformidad) para el examen 2, más arriba expuesto.

5.4.2. Controles horizontales o transversales de compatibilidad y armonización

Por controles de compatibilidad y armonización de naturaleza horizontal nos referimos a los que se derivan de la necesidad de coordinación entre los reglamentos (de ellos entre sí o intraórgano) y particularmente de los reglamentos ambientales especiales, respecto de las leyes de bases y sus textos complementarios con rango legislativo.

[63] Con gran aplicación en materia ambiental, especialmente a través del Artículo 11 del Protocolo de San Salvador, sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica). Los derechos humanos ambientales, muy erróneamente y con una deficiente política legislativa internacional, se han incorporado en el Protocolo y no directamente en la Convención, como derechos humanos básicos y fundamentales. Esta es una falla grave del sistema interamericano y se debe a una concepción y percepción equivocadas del derecho ambiental, en el Sistema Interamericano. En publicaciones e instancias institucionales internacionales especializadas hemos solicitado que este error sea enmendado, dando razones para ello y ofreciendo vías alternativas de solución para ello. La nomenclatura divisoria entre derechos humanos de primera a tercera generación es no solo doctrinaria e históricamente equivocada, sino que obsoleta y discriminatoria.

Incluso dentro de los reglamentos ambientales especiales del país, ha de existir un vínculo horizontal de prioridad (espacial y temporal). De la incompatibilidad horizontal de los reglamentos y sus potenciales conflictos entre sí puede derivarse otro riesgo para la estabilidad del sistema jurídico ambiental en vigencia, impidiendo así su eficacia y posterior eficiencia.

6. Naturaleza jurídica sustantiva y procedimental del derecho ambiental

En un escueto análisis de una temática que exige gran dedicación, debemos solamente decir, para terminar, que por todo lo dicho antes, el derecho ambiental goza de una naturaleza de derecho público (eclipsa a la minoritaria de derecho privado, en el reino del derecho ambiental contractual) en una doble vertiente, tanto en su área sustantiva como en su dimensión procesal o de derecho formal.

Las razones invocadas hasta ahora en este estudio han hecho que el derecho ambiental se diseñe, escriba, analice, aplique y ejecute, de acuerdo a nuevos parámetros que difieren de los tradicionales del derecho histórico. Esto, además, da razón esencial del derecho ambiental como depositario de la materia más sustancial de las ciencias jurídicas.

1) El derecho ambiental evoluciona de acuerdo con los principios inductivos de acción; no deductivos, como tradicionalmente ha ocurrido con el derecho, desde Roma hasta el presente. Se ajusta con mayor propiedad al sistema judicial, como generador de derecho y como fuente prioritaria del mismo, más que a un derecho estático de códigos.
2) La fuente primigenia más relevante del derecho ambiental es el derecho internacional ambiental contemporáneo, escrito y consuetudinario (con todas sus condiciones únicas).
3) El derecho ambiental se encuentra determinado, en su fuente originaria, por su objeto de protección: la biosfera, a la cual nada escapa, siendo la única área del derecho en que ello ocurre.

Estas tres características fundamentales hacen que el derecho ambiental (como derecho público) haya impuesto cambios estructurales y no meramente conyunturales, en el mundo contemporáneo del derecho.

Para cerrar, estimamos que dichos cambios son irreversibles y serán extrapolados, cada vez con más propiedad y fuerza, a otras áreas del derecho, en el siglo XXI, al menos en sus dos primeros caracteres, en tanto aplicables a las demás disciplinas jurídicas.

Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE

Raúl F. Campusano Droguett
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad del Desarrollo
Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos
Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos

Resumen: El presente trabajo analiza desde un punto de vista orgánico y funcional, las obligaciones asumidas por Chile al ser parte del tratado Internacional relativo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE.

* * *

1. Introducción

Uno de los ámbitos en que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE[1], tiene interés, competencias y atribuciones es el ambiental. Existe una estructura de trabajo en materias de medio ambiente y un número significativo de normativa ambiental expresada a través de decisiones y recomendaciones del Consejo de la OCDE. Al ingresar Chile a la organización, asume obligaciones. La primera de ellas, hacer suyo el total de las regulaciones de la OCDE. Desde la perspectiva del medio ambiente, Chile asume diversas obligaciones, partiendo por pasar a ser parte de la estructura y normativa ambiental de la OCDE. Esta normativa es interesante ya que al no ser tratados internacionales, sino más bien regulaciones internas para sus miembros, cuentan con características especiales. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas regulaciones? ¿Son de naturaleza vinculante? ¿Son meras sugerencias? ¿Se encuentran dentro de la lógica del derecho blando (*soft law*)?

[1] El régimen jurídico básico de la OCDE está constituido por un tratado y cuatro protocolos: Tratado Constitutivo, de fecha 14 de diciembre de 1960; Protocolo complementario N° 1; Protocolo complementario N° 2; Protocolo de revisión del convenio; Protocolo complementario sobre capacidad legal, privilegios e inmunidades de la organización. El tratado de 1960 tiene como objetivo fundamental lograr, a través de la eficiencia y cooperación, fortalecer las economías de los Estados miembros, como así mismo contribuir en el fortalecimiento de aquellas economías en desarrollo, esto porque consideran "que la fuerza económica y la prosperidad son esenciales para el logro de los propósitos de las Naciones Unidas, la preservación de la libertad individual y el aumento del bienestar general". La idea de estos países de formar un grupo de cooperación surge al observar como la Organización Europea de Cooperación Económica ha logrado fortalecer la colaboración entre Estados creando una interdependencia en sus economías, fortaleciendo el concepto de eficiencia para lograr un mayor crecimiento sostenido, lo que logra un mayor bienestar de sus conciudadanos. El objetivo matriz es que aplicando los conceptos de cooperación y eficiencia a un nivel micro (parte de Europa y EE.UU.), mejorando la calidad de vida y fortaleciendo una economía global de los países miembros, donde se requiera como base la colaboración de los países económicamente desarrollados; poder aplicar esta base a un nivel macro involucrando países de distintas latitudes con el objeto de fortalecer sus economías, lo que a su vez produce mejoramiento de los derechos y garantías individuales.

En enero de 2010, Chile ingresó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, que reúne a los treinta países más desarrollados del mundo, pasando a ser el miembro número treinta y uno. De esta forma, como se ha señalado por diversas autoridades, nuestro país ingresa a las ligas mayores y, si bien es cierto, los beneficios son numerosos y evidentes, también deben considerarse las exigencias y desafíos que esta membresía conlleva.

Desde la perspectiva del medio ambiente y la sustentabilidad, es mucho lo que Chile puede aprender y mejorar siendo parte de la organización. Tan solo por el hecho de haber sido admitido, luego de aprobar exigentes exámenes y revisiones, ya es posible identificar los ajustes y ordenamientos que hubo que emprender para lograr el resultado señalado. Ahora que nuestro país es OCDE, parece apropiado revisar aquí la política ambiental de la OCDE, esto es, la política ambiental que Chile se ha obligado a hacer suya de hoy en adelante.

Ciertamente, analizar la naturaleza jurídica de las obligaciones que asume Chile al ingresar a la OCDE es un emprendimiento de largo aliento. La hipótesis de trabajo que se manejará aquí y que será desarrollada en un trabajo futuro, es la naturaleza legal sui géneris de las obligaciones derivadas de la pertenencia a la OCDE, en línea con el desarrollo teórico y práctico del *"soft law"*[2]. Aquí se analizará el sector del medio ambiente y se explorará alrededor de algunas

[2] En relación con el *"soft law"*, como señala Sands, en su ya clásico texto, más allá de las fuentes tradicionales del derecho, esto es, aquellas que establecen obligaciones legalmente vinculantes, existen también reglas de *"soft law"* o derecho blando, que no son vinculantes per se, pero que juegan un importante rol en el campo del derecho internacional del medio ambiente, a través de apuntar la dirección hacia la que probablemente avanzarán las obligaciones vinculantes en su momento. Todo lo anterior, a través de establecer, de manera informal, normas de conducta aceptable. También por medio de ir de alguna manera "codificando" (Entiéndase aquí no en el sentido estricto y técnico, sino en cuanto a ir construyendo un set de normas articuladas y dentro de una sistematización dada.) o posiblemente reflejando reglas de derecho consuetudinario. El autor nos recuerda que debe también tenerse presente que, aunque las reglas del derecho internacional público primariamente regulan las relaciones entre Estados, hoy se acepta en forma generalizada que los Estados no son más los únicos sujetos de derecho internacional, esto es, aquellos que gozan de personalidad jurídica internacional y, por ello, estas reglas pueden, y de hecho así sucede, imponer obligaciones a otros miembros de la comunidad internacional, particularmente a las organizaciones internacionales, y en alguna extensión más acotada, al sector no gubernamental, incluyendo a los individuos y a las corporaciones comerciales internacionales MNE. Dupuy subraya lo paradójico del término *"Soft Law"* que, a su vez, busca definir un fenómeno ambiguo. En efecto, es paradójico ya que, desde una perspectiva general y tradicional, las reglas del derecho son "duras", esto es, obligatorias o simplemente no se trata de reglas de derecho. Es un fenómeno ambiguo debido a que la realidad a la que se refiere, tomando en cuenta sus efectos legales y también sus manifestaciones, son a menudo difíciles de identificar en forma clara. Algunos estudiosos del derecho sienten incomodidad con el concepto y con el proceso: se trata de un estiramiento de lo autorizado más allá de lo recomendable y sin vislumbrar los objetivos valiosos que tal acción podría justificar. Dupuy señala que, a pesar de lo anterior, es posible observar hoy un nuevo proceso de creación normativa y que lleva ya algunas décadas. El *"soft law"* constituye parte del proceso contemporáneo de producción de normas jurídicas, pero, como fenómeno social, sobrepasa evidentemente las categorías legales clásicas, tradicionales y familiares, con las que los juristas describen usualmente y explican la creación y la autoridad legal de las normas internacionales. En otras palabras, Dupuy puntualiza que el *"soft law"* es una complicación, ya que o no existe aún o no es solo derecho. Ver Campusano 2009.

de las obligaciones de contenido ambiental aplicables a Chile. En una futura oportunidad se profundizará el tema de la naturaleza jurídica propiamente tal. Así, en este texto se abarcarán tres materias. Primero, se explicará la "Perspectiva Ambiental para el año 2030", texto básico y central de la política ambiental de la OCDE. En segundo término, se analizará la estrategia de crecimiento verde, que se levanta como el nuevo paradigma de sustentabilidad. En tercer lugar y final, se señalarán algunas de las obligaciones que Chile tiene en materia de medio ambiente y sustentabilidad como miembro pleno de la organización.

Instrumentos legales de la OCDE

La Convención de la OCDE y todas las reglas internas de la Organización en materias de gestión financiera, de recursos humanos, clasificación de los documentos y de reglamentos y de gobernanza. Tener un Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades con la OCDE. Chile debe aceptar y cumplir estas normas.

Las Decisiones del Consejo. Legalmente vinculantes para los miembros. OCDE considera que para sus miembros tienen el mismo tipo de obligaciones que emanan de tratados internacionales. Los más importantes son las agrupaciones normativas conocidas como "los Códigos". Chile debe aceptar las decisiones, pero puede hacer observaciones que lo excluyen de ciertas de sus obligaciones, en un sentido similar a la aplicación de reservas en un tratado internacional[3].

Las Recomendaciones del Consejo. No son legalmente vinculantes, pero se espera que los miembros las cumplan y se utiliza la presión de los pares para ello. Chile debe aceptarlas, pero puede hacer observaciones o negociar un plazo para su aplicación plena.

Las Declaraciones. Establecen compromisos de política. Chile debe aceptarlas con la posibilidad de hacer observaciones. Un ejemplo en esta materia es el caso de la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales. Pero aquí también opera el mecanismo que hace que Chile deja de relacionarse con esta declaración en calidad de no-miembro, y comienza a hacerlo en calidad de miembro de la organización[4].

Acuerdos y compromisos adoptados solamente por algunos miembros. Chile debe analizar y decidir cuáles de los acuerdos y compromisos existentes son consistentes con sus intereses y políticas, accediendo a ellos.

Acuerdos o convenios internacionales. La OCDE se relaciona con un número importante de acuerdos internacionales, como por ejemplo, el Convenio Inter-

[3] Sáez, 2010.
[4] Sáez, 2010.

nacional para el Combate del Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Internacionales de Negocios[5].

2. Perspectiva ambiental para el 2030

La perspectiva ambiental para el 2030 tiene tres pilares sobre los cuales se sustenta. Primero, que las decisiones que se tomen hoy afectarán el medio ambiente mañana (energía, transporte, pesca, etc.). Segundo, que varios de los más importantes problemas son de escala global, como por ejemplo, el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la desertificación, el deterioro de ecosistemas, y la contaminación de aguas y aire. En tercer término, el documento de la OCDE busca asistir a los tomadores de decisiones, que deben decidir acciones de acuerdo con mandatos de corto plazo, con proyecciones de largo plazo.

En esta perspectiva, surge la pregunta sobre si es posible lograr y financiar soluciones de políticas públicas a los desafíos ambientales señalados en el párrafo anterior. La respuesta de la OCDE es un sí condicional. En efecto, sí es posible lograr este resultado, pero solo si se tienen en consideración las siguientes variables. Así, sí es posible el financiamiento si se compara con el crecimiento económico esperado para las próximas décadas. Las proyecciones muestran un incremento significativo. También es relevante comparar los costos estimados con el costo de la inacción. En el evento que no se adopten las medidas adecuadas, los costos por los daños y deterioros son muy altos y posiblemente incalculables. También es importante identificar y optar por políticas de solución acertadas de bajo costo. Finalmente, esta aproximación optimista se estima viable si se empieza hoy. El precio de dilatar la toma de decisiones hoy podría significar la no viabilidad de la estrategia.

La propuesta de recomendaciones específicas de la Perspectiva para el 2030 de la OCDE, se construye sobre la base de cuatro ideas fuerza: primero, hacer énfasis en poner un precio a las conductas que se desean desincentivar (impuestos verdes, precio del agua, permisos de emisión transables, etc.). La idea es que a través de estas acciones se estaría arribando a los precios correctos. En segundo lugar, es imperativo eliminar los subsidios dañinos al medio ambiente (a los combustibles fósiles, a la producción agrícola, a los biocombustibles). Ciertamente, esta es una propuesta polémica y no compartida por todos, aunque en general es posible encontrar acuerdos en la mesa de negociaciones, lo que no siempre se traduce en que las políticas finalmente aplicadas a nivel doméstico reflejen fielmente tales acuerdos[6]. En tercer lugar, se propone

[5] Sáez, 2010.

[6] Varios países OCDE mantienen políticas agrícolas proteccionistas que son incompatibles con lo aquí señalado. El tema de los biocombustibles también es objeto de intenso debate en la actualidad.

la promoción de uso de regulaciones y estándares, apoyo a la investigación y desarrollo, y uso de ecoetiquetado. En cuarto lugar, se busca fortalecer la idea que los Ministerios de medio ambiente requieren el apoyo de otros Ministerios, como por ejemplo, Hacienda, Economía, y los Ministerios sectoriales. Sin esta coordinación y apoyo, es difícil que los Ministerios de medio ambiente puedan lograr sus objetivos.

En relación con la pregunta sobre por qué actuar ahora, el texto de la OCDE observa que hay enormes oportunidades de inversión en las próximas décadas en las diversas economías que están creciendo rápidamente. También previene en contra de comprometerse hoy con decisiones de uso de combustibles fósiles y construcciones de baja eficiencia energética, cuyos efectos y consecuencias negativas serán difícil de revertir en el futuro. También es importante poner un alto nivel de cuidado hoy para evitar daños irreversibles a los ecosistemas y pérdida de biodiversidad.

El programa ambiental de la OCDE tiene por finalidad asegurar un crecimiento económico global que sea ambientalmente sustentable. Esta estrategia ha sido denominada por la OCDE como crecimiento verde y comprende aspectos de economía ambiental, integración de políticas públicas, análisis de variables de la globalización, e implementación y *accountability*. El programa se relaciona y trabaja también con países no miembros, interesados y otras organizaciones gubernamentales.

Desde una perspectiva organizacional, existe un Directorado Ambiental en el que trabajan alrededor de cien funcionarios (científicos y economistas en su mayoría), con un presupuesto de 10.7 millones de euros al año. Los temas de trabajo del Directorado son los siguientes: Cambio climático, biodiversidad, agua, substancias químicas, revisiones de performance ambiental (Chile 2005), información ambiental, y perspectiva ambiental, instrumentos de política ambiental, ecoinnovación, globalización, y eficiencia en el uso de recursos.

También existe un Comité de Políticas Ambientales, compuesto, a su vez, de varios grupos de trabajo:

- Grupo de trabajo de políticas globales y estructurales
- Grupo de trabajo de performance ambiental
- Grupo de trabajo de políticas ambientales nacionales
- Grupo de trabajo de substancias químicas, pesticidas y biotecnología

Por otra parte, hay varios otros comités sustantivos de materias conjuntas relevantes en forma directa para el comité de medio ambiente:

- Grupo de trabajo de comercio y medio ambiente
- Grupo de trabajo conjunto de agricultura y medio ambiente
- Reuniones conjuntas de expertos en impuestos y medio ambiente

3. Estrategia de Crecimiento Verde

La OCDE ha lanzado una propuesta paradigmática para abordar el desafío ambiental, denominándola Estrategia de Crecimiento Verde. La estrategia fue dada a conocer en junio del 2009, durante la reunión de Ministros de finanzas, a través de la Declaración de la OCDE sobre Crecimiento Verde.

La declaración señala que la recuperación económica y el crecimiento económico social y ambientalmente sostenible son desafíos clave que todos los países enfrentan hoy. En este marco, para que los países puedan avanzar a una economía sostenible de bajo uso de combustibles fósiles, la cooperación internacional en el desarrollo y difusión de tecnologías limpias será fundamental. La OCDE puede asistir a los países en sus esfuerzos por construir economías sustentables. Se pone acento en que "verde" y "crecimiento" son conceptos que pueden ir de la mano. También en la promoción de inversiones verdes y en la gestión sustentable de los recursos naturales. Debe haber un incentivo a reformas de políticas nacionales para acabar con incentivos negativos, como por ejemplo subsidios a combustibles fósiles. De la misma forma debe haber una estrecha coordinación de las políticas de crecimiento verde con las políticas del mercado laboral y de formación de capital humano.

Un aspecto central de la declaración es la opción por fortalecer la cooperación internacional, a través del desarrollo de tecnologías limpias y apoyo a países en desarrollo en cambio climático, pérdida de biodiversidad y gestión del agua. De la misma forma, se da relevancia a la importancia de la liberalización del comercio de bienes y servicios ambientales, y se propone fortalecer la coordinación de esfuerzos de cooperación internacional para el crecimiento verde con países en desarrollo.

Sobre las bases señaladas, la declaración de los ministros de finanzas invita a la OCDE a desarrollar una estrategia de crecimiento verde para lograr la recuperación económica y un crecimiento económico social y ambientalmente sostenible.

La propuesta de crecimiento verde de la OCDE diagnostica que los desafíos del medio ambiente y del uso de recursos presentan problemas para el crecimiento económico en el largo plazo. También que la inacción tiene un costo alto, y que la crisis global subraya la necesidad de un nuevo paradigma de crecimiento. Bajo estos supuestos, se insta a la organización a ayudar a los

países a promover el crecimiento económico, reduciendo la contaminación y el uso ineficiente de los recursos, y manteniendo la biodiversidad, y a separar el crecimiento económico de los impactos ambientales.

Así, los elementos de la estrategia comprenden una política marco para el crecimiento verde, un modelo de medición de crecimiento, y un set de políticas y aproximaciones que los países pueden usar para equilibrar mejor la eficiencia económica, la efectividad ambiental y la equidad social.

Los desafíos principales que aborda la estrategia son reducir emisiones de GEI, reducir la contaminación, mantener la biodiversidad, minimizar los residuos, y aumentar la eficiencia en el uso de recursos naturales y materias primas.

Las prioridades de políticas son cuatro. Primero, un marco de mediciones del nuevo crecimiento (medición de capital/servicios ambientales; consideraciones de calidad de vida). En segundo lugar, la reestructuración industrial (tecnologías verdes). En tercer término, empleo (trabajos verdes, equilibrios entre ganadores y perdedores, desarrollo de competencias, y balance del mercado laboral). Finalmente, la cuarta prioridad de política es la equidad social (políticas laborales y sociales, impactos distributivos, y reducción de la pobreza global).

Los pilares de la estrategia son la internalización de las externalidades, precio verdadero de la economía basada en combustibles fósiles, subsidios negativos para el medio ambiente, sistemas de emisión transables, impuestos, valoración de servicios ecosistémicos, y finalmente, un tema de regulación: hacerse cargo de las fallas del mercado.

Por cierto, el modelo que se propone tiene condiciones de eficacia. Primero, es necesario que se implementen inversiones verdes y que éstas aproximaciones se reflejen en las políticas sobre inversiones. También se requiere que se produzca una liberalización del comercio de bienes y servicios verdes[7] y una producción más verde[8]. También se necesita un consumo más verde[9]. Desde la perspectiva del sector público, debe existir un sistema de compras públicas verdes, un estilo de gobernanza que considera diferentes puntos de vista, y transferencia internacional de tecnología.

La estrategia, como virtualmente todo trabajo o iniciativa de la OCDE, pone gran interés en las mediciones y estadísticas. En este contexto, el tema de los indicadores se encuentra explícitamente tratado en la declaración y se hace un llamado a los países en el sentido de ir más allá del Producto Interno Bruto

[7] Créditos a exportaciones.
[8] Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.
[9] Tema de la información a consumidores.

(GDP), considerando los aspectos ambientales en general y los impactos de la relación entre medio ambiente y consumo. De la misma forma, se menciona también el tema del bienestar de las personas y se hace referencia al trabajo de la Comisión Stiglitz/Sen.

Para llevar a buen efecto los postulados de la estrategia, la declaración detalla el aporte de la OCDE en este emprendimiento, subrayando su capacidad de análisis y de elaboración de un marco de políticas[10], un conjunto de herramientas[11], el levantamiento de un espacio de revisión de pares[12], la propuesta de mejores prácticas, y por cierto, indicadores.

El cronograma de acción ya está fijado con precisión (como suele ser en las acciones de la organización): en mayo 2010 se dará a conocer el informe provisional con análisis preliminar. Se presenta en la Reunión 2010 del Consejo a nivel Ministerial (MCM). Y en mayo 2011 se dará a conocer el Informe Final de Estrategia de Crecimiento Verde. Se presenta en la Reunión 2011 del Consejo a nivel Ministerial (MCM).

4. Chile en la OCDE

Desde una perspectiva global, al firmar el Convenio de Accesión a la OCDE, Chile aceptó las siguientes obligaciones generales:

- Acepta los objetivos de la Organización, establecidos en el artículo 1 de la Convención[13].

- También acepta el Informe del Comité Preparatorio de la OCDE, de diciembre de 1960.

- También acepta todas las promesas y compromisos establecidos en los artículos 2 y 3 de la Convención[14].

- También acepta los Protocolos Suplementarios N° 1 y N° 2 de la Convención[15].

[10] *Policy framework.*
[11] *Toolkit.*
[12] *Peer review.*
[13] Art. 1: Relativo a los objetivos de la OCDE.
[14] Art. 2: Relativo a los compromisos de los Estados miembros. Art. 3: Relativo a la forma de lograr la consecución de los objetivos y compromisos.
[15] Protocolo complementario N° 1 de la convención sobre la OCDE. Fue firmado el 14 de diciembre de 1960, en París, en el que se acordó lo siguiente: 1. La representación en la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos de las Comunidades Europeas, creada por los Tratados de París y de Roma

- También acepta todas las decisiones, resoluciones, reglas, regulaciones y conclusiones adoptadas por la Organización relacionadas con su gestión y funcionamiento incluidas aquellas vinculadas a las contribuciones financieras de los miembros, otras materias financieras y de presupuesto, materias de personal, materias procedimentales, gobierno de la organización y relaciones con no miembros.

- También acepta las declaraciones financieras de la Organización.

- También acepta los métodos de trabajo de la Organización.

- También acepta todos los instrumentos legales de la Organización que estén vigentes al momento de la decisión del Consejo de la OCDE de invitar a Chile a ser parte de la Convención con las observaciones especificadas en los Anexos 1 al 5 del Convenio de Accesión, del cual forman parte integral. En relación con todo instrumento legal adoptado entre la fecha de la decisión del Consejo de la OCDE de invitar a Chile a ser parte de la Convención y la fecha en que Chile deposite su instrumento de accesión, Chile deberá expresar su posición en cada instrumento, dentro de los tres meses contados desde su adopción.

Desde una perspectiva más específica, hay cuatro ámbitos de obligaciones y declaraciones que Chile adopta al momento de acceder a la Convención de la OCDE:

1. Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Organización. De acuerdo con el artículo 23 (1) del Acuerdo entre Chile y la OCDE sobre Privilegios, Inmunidades y Facilidades Garantizadas a la Organización[16], Chile informará

de 18 de abril de 1951 y 25 de marzo de 1967, se regirá conforme a las disposiciones institucionales de esos tratados. 2. Las Comisiones de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de Energía Atómica, así como la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, participarán en los trabajos de esta Organización. Protocolo complementario N° 2 de la convención sobre la OCDE. Fue firmado el 14 de diciembre de 1960, en París, en el que se acordó lo siguiente: La Organización goza de capacidad jurídica y la Organización, sus funcionarios y los representantes de sus miembros cerca de la misma gozan de los privilegios, exenciones e inmunidades siguientes: a) En el territorio de las Partes Contratantes del Convenio de Cooperación Económica Europea de 16 de abril de 1948, de la capacidad jurídica, de los privilegios, exenciones e inmunidades previstos en el Protocolo adicional número 1 a ese Convenio; b) En Canadá, de la capacidad jurídica, privilegios, exenciones e inmunidades previstos en cualquier Convenio o Acuerdo sobre la capacidad jurídica, privilegios, exenciones e inmunidades que se establezcan entre el Gobierno de Canadá y la Organización; c) En los Estados Unidos, de la capacidad jurídica, privilegios, exenciones e inmunidades previstos en la Orden ejecutiva número 10.133 de 27 de junio de 1950, conforme a las disposiciones de la "International Organizations Immunities Act"; d) En cualquier otro país, de la capacidad jurídica, privilegios, exenciones e inmunidades previstos en cualquier Convenio o Acuerdo sobre la capacidad jurídica, privilegios, exenciones e inmunidades que se acordara entre el Gobierno interesado y la Organización.

[16] Firmado el 28 de mayo de 2009.

a la OCDE el cumplimiento de todos los requerimientos domésticos para la entrada en vigor del acuerdo[17].

2. Participación en Actividades y Organismos Opcionales de la OCDE. Chile declaró su deseo de participar en ciertas actividades y organismos opcionales de la OCDE una vez que se haga miembro de la organización[18]. En ese contexto, Chile reconoce que para ciertos de estos organismos y actividades existen procedimientos específicos de ingreso, participación y membresía plena que deben ser seguidos y cumplidos.

3. Terminación de Acuerdos Anteriores con la Organización. Chile nota que, desde la fecha de su acceso a la Organización (aceptando la Convención Constitutiva), los acuerdos previos existentes entre la República y la OCDE, relativos a su participación como no-miembro en algunos organismos de la OCDE, se entenderán como terminados[19].

4. Informes a los Comités de la OCDE luego de la Accesión. Chile acepta entregar informes de avance a Comités de la OCDE seleccionados, luego de la accesión, de acuerdo con lo establecido en la Decisión del Consejo que opta por invitar a Chile a acceder a la OCDE.

De esta forma, el ingreso de un nuevo miembro asume que éste se pone al día haciendo suya toda la legislación vigente de la Organización. Adicionalmente, el nuevo miembro debe también asumir obligaciones específicas en los distintos ámbitos de competencia de la Organización. esto, por cierto, se aplica también al campo ambiental. En otras palabras, Chile debe asumir y obedecer toda la regulación ambiental vigente en la Organización. El único expediente de singularización se encuentra dado por la posibilidad de lograr una aplicación gradual de las mencionadas obligaciones. En efecto el nuevo miembro puede negociar con la Organización cuáles decisiones y recomendaciones de la OCDE se aplicarán de inmediato en su territorio nacional, y cuáles tendrán un plazo para ser aplicables y aplicadas.

Chile tiene una larga historia de contactos y relación con la OCDE. Desde la perspectiva ambiental, una fecha importante es el 2005, año en que tiene lugar la revisión de las políticas y legislación ambiental chilenas[20]. Este fue un evento de mucho significado, ya que la Organización pudo observar lo desarrollado

[17] Chile aceptó que el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades debe haber entrado en vigor para la fecha del depósito de su instrumento de accesión a la OCDE.
[18] De acuerdo con lo establecido en el Anexo VI del Acuerdo de Accesión.
[19] Por cierto, desde la fecha de su ingreso, Chile participará en tales organismos en calidad de miembro pleno.
[20] OECD Environmental Performance Review: Chile. 2005.

que era el sistema de políticas y legislación ambiental de Chile, lo que abrió la puerta a iniciar conversaciones de postulación a la organización, materia que se concreta el año 2007, en que se elabora el Mapa de Ruta para el acceso de Chile a la OCDE. La organización invita a un número de países, Chile entre ellos, a iniciar el proceso de acceso a la OCDE. Entre los años 2007 y 2009 Chile se somete a una serie de exámenes y presentaciones de avances en todos los ámbitos de competencia de la OCDE, siendo evaluado favorablemente en todos ellos, incluido el aspecto ambiental. Finalmente, en enero de 2010 la OCDE acoge a Chile como miembro pleno de la organización.

¿Qué tareas se levantan para Chile, en el campo del medio ambiente, ahora que el país es miembro de la OCDE? En primer lugar, hay tareas de designación. En efecto, Chile debe designar un representante de alto nivel para el Comité de Política Ambiental y el Comité de Substancias Químicas. Este representante será el enlace con el Secretariado de la OCDE, deberá actuar de coordinador de la posición de Chile emanada del Ministerio del Medio Ambiente y de los Ministerios sectoriales (comentarios e inputs), y presidir la delegación chilena ante los EPOC y Comité de Químicos.

En segundo lugar, Chile debe designar un Consejero Ambiental para la OCDE, que será el contacto principal en la organización, en París. El Consejero deberá seguir los temas ambientales y asistir a las reuniones de contenido ambiental. En tercer lugar, Chile deberá designar un Experto para cada grupo de trabajo ambiental que deberá hacer seguimiento al tema de su especialidad y asistir a las reuniones.

En tercer lugar también hay tareas propias de la membresía. Chile debe participar en las reuniones de los grupos de trabajo, subgrupos de trabajo y comités (intervalos de seis a ocho meses) y contribuir al trabajo sustantivo de la organización. Así, por ejemplo, deberá completar y actualizar los cuestionarios del estado del medio ambiente (SOE), levantar una base de datos de instrumentos económicos, dar respuesta de encuestas, hacer comentarios a papers sustantivos, ofrecerse como voluntario para estudio de casos, desempeñar trabajo entre reuniones, solicitar acceso al sistema de información en línea (OLIS) y, específicamente en el campo ambiental, contribuir en la gestión del Comité (i.e. se está discutiendo el presupuesto y la reforma del comité).

En cuarto lugar, Chile debe cumplir a cabalidad los compromisos ambientales establecidos en el Acuerdo de Acceso. La regla es que la OCDE ha elaborado un número de decisiones y recomendaciones que todos los miembros de la organización deben cumplir en forma estricta. Chile solicitó diversos plazos para cumplir con determinados instrumentos legales de la OCDE. Dentro del plazo de dos años, Chile deberá presentar un Informe de Avance al EPOC y al Comité de Químicos, sobre las acciones tomadas para la implementación de

tales instrumentos legales. Con posterioridad, deberá presentar informes de acuerdo con lo que se estime necesario.

La OCDE tiene varios instrumentos de asistencia, pero en el acuerdo de acceso se observó que en la actualidad Chile no financia proyectos de asistencia al desarrollo que pudieran tener impactos ambientales, por lo que no le serían aplicables[21].

La OCDE también cuenta con instrumentos sobre países fronterizos, pero en el acuerdo de acceso se observó que los países con que Chile tiene fronteras no son miembros de la OCDE, por lo que no se encuentran en la obligación de cumplir con instrumentos legales de la OCDE[22].

En materia de energía, se observó que, aunque el gobierno chileno tiene un sistema de evaluación de impacto ambiental (EIA) para asegurar que el lugar de las instalaciones sea óptimo, la electricidad es generada por el sector privado y el rol del Estado se dirige a asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental y no a determinar el lugar de las instalaciones de energía[23].

Finalmente, en relación con el resto de instrumentos de contenido ambiental de la OCDE, se estableció en el acuerdo de acceso que Chile debería cumplirlos a cabalidad, sobre la base de una distinción cronológica que los dividió en cuatro grupos. El primer grupo de instrumentos debería cumplirse a finales del 2010. El segundo grupo a finales del 2011. El tercero a finales del 2012 y el cuarto, a finales de 2013.

Para finales del año 20103, Chile acepta implementar estos instrumentos de la OCDE:

- Recomendación del Consejo sobre el Uso de Instrumentos Económicos para la Promoción de la Conservación y el uso Sustentable de la Biodiversidad[24].

[21] Recommendation of the Council concerning an Environmental Checklist for Possible Use by High-Level Decision-Makers in Bilateral and Multilateral Development Assistance Institutions [C(89)2]. Recommendation of the Council on Measures Required to Facilitate the Environmental Assessment of Development Assistance Projects and Programmes [C(86)26]. Recommendation of the Council on Environmental Assessment of Development Assistance Projects and Programmes [C(85)104]. Declaration on Integrating Climate Change Adaptation into Development Co-operation [C(2006)94].

[22] Recommendation of the Council for Strengthening International Co-operation on Environmental. Protection in Frontier Regions [C(78)77]. Recommendation of the Council for the Implementation of a Regime of Equal Right of Access and Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution [C(77)28]. Recommendation of the Council on Equal Right of Access in Relation to Transfrontier Pollution [C(76)55]. Recommendation of the Council on Principles concerning Transfrontier Pollution [C(74)224].

[23] Recommendation of the Council concerning the Reduction of Environmental Impacts from Energy Production and Use [C(76)162].

[24] [C(2004)81].

- Recomendación del Consejo sobre Prevención y Control Integrado de la Contaminación[25].

- Recomendación del Consejo sobre la Aplicación del Principio Contaminador Pagador a la Contaminación Accidental[26].

- Recomendación del Consejo sobre Medio Ambiente y Turismo[27].

Para finales del año 2012, Chile acepta implementar estos instrumentos de la OCDE:

- Recomendación del Consejo sobre Productividad de Recursos[28].

- Recomendación del Consejo sobre Gestión Ambientalmente Adecuada de Desechos[29].

- Recomendación del Consejo sobre Flujos Materiales y Productividad de Recursos[30].

- Recomendación del Consejo sobre Políticas de Gestión de Recursos Hídricos; Integración, Gestión de Demanda, y Protección de Aguas Subterráneas[31].

- Recomendación del Consejo sobre Recuperación de Desechos de Papel[32].

- Recomendación del Consejo sobre Reuso y Reciclado de Contenedores (envases) de Bebestibles[33].

- Recomendación del Consejo sobre una política Integral de Gestión de Residuos[34].

[25] [C(90)164].
[26] [C(89)88].
[27] [C(79)115].
[28] [C(2008)40].
[29] [C(2004)100].
[30] [C(2004)79].
[31] [C(89)12].
[32] [C(79)218].
[33] [C(78)8].
[34] [C(76)155]

Para finales del año 2011, Chile acepta implementar estos instrumentos de la OCDE:

- Decisión del Consejo sobre Control de Movimientos Trasfronterizos de Desechos destinados a Operaciones de Recuperación[35].

- Decisión-Recomendación del Consejo para la Reducción de los Movimientos Transfronterizos de Desechos[36].

- Decisión del Consejo sobre Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos[37].

Para finales del año 2010, Chile acepta implementar estos instrumentos de la OCDE:

- Decisión-Recomendación del Consejo sobre la Exportación de Desechos Peligrosos desde el Área de la OCDE[38].

- Decisión-Recomendación del Consejo sobre Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos[39].

- Recomendación del Consejo sobre Fortalecimiento de la Performance Ambiental en las Compras Públicas[40].

- Recomendación del Consejo sobre Información Ambiental[41].

- Recomendación del Consejo sobre Fortalecimiento de la Performance Ambiental del Gobierno[42].

- Recomendación del Consejo sobre Indicadores e Información Ambiental[43].

- Recomendación del Consejo sobre Fortalecimiento de Políticas de Reducción de Ruidos[44].

35 [C(2001)107].
36 [C(90)178].
37 [C(88)90].
38 [C(86)64].
39 [C(83)180].
40 [C(2002)3].
41 [C(98)67].
42 [C(96)39].
43 [C(90)165].
44 [C(85)103)].

- Recomendación del Consejo sobre Carbón y Medio Ambiente[45].

- Recomendación del Consejo sobre Políticas de Reducción de Ruidos[46].

- Recomendación del Consejo sobre Reducción de Impactos Ambientales del Uso de Energía en el ámbito doméstico y en el sector comercial[47].

A modo de conclusión, parece apropiado subrayar que las tareas y obligaciones ambientales propias de la OCDE son propias de las ideas e instituciones más actuales de valores, principios, políticas y gestión ambiental, por lo que deben entenderse como un significativo salto hacia adelante en nuestra comprensión y praxis ambiental, y que nos debieran situar en la ruta de un mejor y correcto desarrollo económico, social y ambiental.

A la fecha de publicación de este artículo, quedarán seis meses para el cumplimiento de las obligaciones comprometidas para fines de 2010. La meta es ambiciosa, pero no imposible. Sin embargo, requerirá de una fuerte voluntad nacional y el compromiso de todas las partes involucradas. Desde enero del año 2011 Chile empezará a vivir, desde la perspectiva del medio ambiente, en estado de régimen OCDE, de la misma forma que todos los demás Estados miembros. Es un nuevo escenario respecto del cual el país no tiene experiencia previa. Es razonable pensar que habrá escenarios nuevos, con sus desafíos y oportunidades. Las preguntas que aparecen sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones ambientales derivadas del ingreso de Chile a la OCDE, remiten de inmediato a los temas generales de la relación entre derecho internacional y derecho nacional. ¿Se asemejan estas obligaciones a la teoría general del tratado[48] o más bien se acercan a la teoría y práctica del *"soft law"*?[49]

[45] [C(79)117].
[46] [C(78)73].
[47] [C(77)109].
[48] Debiendo entonces someterse a las reglas constitucionales de incorporación de tratados en el ordenamiento jurídico de Chile.
[49] Bodansky ha escrito sobre el derecho internacional del medio ambiente declarativo, esto es, aquel que no tiene (o puede no tener) fuerza vinculante frente a un tribunal internacional y que, sin embargo, es derecho, o al menos así es percibido por los Estados. Y es que el elemento clave aquí es la percepción, esto es, la idea de estar frente a una norma jurídica y no frente a un simple uso o práctica, ya que, ¿no es ese precisamente el justificante actual de la naturaleza jurídica del derecho internacional, frente a aquellos que han pretendido juzgarlo de acuerdo con su falta de imperio? Puede ser que normas declarativas no sean cumplidas a cabalidad por parte de los Estados, pero parece interesante observar la actitud de los Estados al no cumplir tales normas. En efecto, pareciera ser que la mayor parte de los Estados que no cumple con normas ambientales declarativas elabora alguna explicación, justificante o eximente para ello. ¿Por qué habría de hacer tal cosa si se tratara de normas no jurídicas? De hecho, frente a usos y costumbres no hay Estado que sienta el deber de elevar alguna explicación por incumplimiento. Bodansky señala que el análisis de determinar si estamos frente a la presencia de derecho consuetudinario puede resolver algunas de estas situaciones, pero no todas. Precisamente es allí, ante aquellas situaciones no resueltas a través del expediente del derecho consuetudinario internacional, que la norma de derecho blando decide su residencia. La hipótesis de Bodansky es que estas funciones de

5. Referencias

Álvarez, Rodrigo. "Chile en la OCDE". Presentación powerpoint. Seminario Chile en la OCDE: Oportunidades y Desafíos. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Santiago, 13 de abril 2010.

Campusano Droguett, Raúl F. "Chile en la OCDE: Una Nueva Mirada a la Sustentabilidad". Revista de la Facultad de Negocios y Marketing. Universidad del Pacífico, Santiago, Mayo 2010.

Campusano Droguett, Raúl F. "Soft Law" y el Derecho Internacional de Medio Ambiente. Jornadas de Derecho Público 2009. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile Próximo a publicarse en la Revista de la Facultad de Derecho de la PUC.

OECD. Agreement on the Terms of Accession of the Republic of Chile to the Convention on the Organization for Economic Co-Operation and Development. París, 2009.

OECD. Declaration on Green Growth. C/MIN (2009)5. París, 2009.

OECD. Green Growth: Overcoming the crisis and beyond. París, 2009.

OECD: Roadmap for the Accession of Chile to the OECD Convention. C(2007)100. París, diciembre 2007.

OECD Environmental Outlook to 2030. París, 2001.

OECD. Convention on the Organization for Economic Co-operation and Development. París, 1960.

Novik, Ana. Examen de Acceso a la OCDE: Compromisos en Inversiones y Comercio. Presentación powerpoint. Seminario Chile en la OCDE: Oportunidades y Desafíos. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Santiago, 13 de abril 2010.

Protocolo complementario N° 1 de la Convención sobre la OCDE.

Protocolo complementario N° 2 de la Convención sobre la OCDE.

Protocolo de revisión del convenio de cooperación económica europea de 16 de abril de 1948.

normas internacionales de medio ambiente no dependen de resolver el problema de su estatus legal. Así, el debate sobre si el principio precautorio forma parte del derecho consuetudinario ambiental internacional o no, es ajeno a la realidad que se forma a su alrededor marcando el tono de la discusión ambiental contemporánea, sea que se esté a favor o en contra. En efecto, hoy simplemente no es posible ignorar la existencia del principio precautorio. Se puede, por cierto, y se hace permanentemente, impugnar su validez ideológica y práctica, se puede poner en duda su recogimiento consuetudinario, se puede hasta dudar de su aplicación práctica en aquellos textos vinculantes que lo han recogido, pero, insisto, no se puede negar que el debate a su respecto existe y por ello el principio precautorio ya ha ganado su primera batalla: la de existir. Una vez conquistada esa colina, la siguiente meta es servir de base a la discusión que conformará la plataforma de la regulación ambiental futura. Y allí estará el principio precautorio y si esto es o no derecho blando podrá dejarse a los teóricos. Mientras tanto sus efectos se harán sentir igual. Sobre este tema, ver Campusano 2009.

Protocolo complementario N° 1 convenio de cooperación económica europea, capacidad legal, privilegios e inmunidades de la organización (París 16 de abril de 1948).

Sáez, Raúl. El Proceso de Ingreso de Chile a la OCDE. Presentación powerpoint. Seminario Chile en la OCDE: Oportunidades y Desafíos. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Santiago, 13 de abril 2010.

Visser, Rob. The OECD Green Growth Strategy. Powerpoint Presentation. Santiago, enero 2010.

Visser, Rob. The OECD Environment Program. Powerpoint Presentation. Santiago, enero 2010.

Nueva institucionalidad ambiental

Camila Boettiger Philipps*
Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales
Investigadora de la Dirección de Investigación, Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Abogada, Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: Este trabajo describe y analiza las nuevas instituciones ambientales creadas por la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, en su organización y funciones, y los desafíos que restan para su implementación, incluyendo el proyecto que crea el Tribunal Ambiental. Previamente, se exponen las consideraciones que deben tenerse en cuenta al diseñar la institucionalidad ambiental, los órganos de la LBMA de 1994, su evaluación y críticas.

* * *

Introducción

A partir de este año, puede decirse que el Derecho Ambiental chileno tiene tres hitos normativos claros. Primero, el establecimiento en la Constitución Política de 1980 del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, junto con el deber del Estado de velar por la no afectación de este derecho y de tutelar la preservación de la naturaleza, además del amparo de este derecho vía recurso de protección y la posibilidad de restringir o limitar derechos para proteger el medio ambiente[1]. Segundo, la dictación en 1994 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente[2] (en adelante "LBMA"), que sentó las bases de la regulación medioambiental en Chile a través de principios, definiciones, procedimientos, instrumentos de gestión ambiental y una institucionalidad a cargo de la política ambiental y de la

* Quisiera agradecer la colaboración de Paulina Lobos Herrera, ayudante de investigación de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en la preparación de este trabajo.

[1] Artículos 19 numerales 8 y 24, y artículo 20 de la Constitución Política de la República.

[2] Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994.

implementación de todo lo anterior. Y tercero, el rediseño de la institucionalidad ambiental y la introducción de importantes modificaciones a la LBMA, en enero de 2010.

En efecto, el 26 de enero del presente año se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Como dijimos, además de crear las instituciones antedichas, esta ley introdujo importantes modificaciones a la LBMA en diferentes materias. Por un lado agregó definiciones al artículo 2° de la ley (biotecnología, cambio climático, mejores técnicas disponibles, etc.). En cuanto a los instrumentos de gestión ambiental, introdujo el instrumento de Evaluación Ambiental Estratégica, estableció el acceso a la información ambiental, y abordó parcialmente el tema de la biodiversidad y las áreas protegidas. Por otro lado, esta ley también introdujo importantes cambios y adecuaciones al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, tanto institucionales, procedimentales, como de fondo: permite la tramitación electrónica del procedimiento, aumenta la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación ambiental, especifica la operatividad del silencio administrativo en la evaluación ambiental, establece la posibilidad de revisión de oficio y la caducidad de la Resolución de Calificación Ambiental ("RCA"), cambia la composición de la comisión que aprueba los proyectos, entre muchas otras modificaciones.

Dado que lo medular de la Ley N° 20.417 fue rediseñar completamente la institucionalidad ambiental vigente, el objetivo del presente trabajo es analizar y describir las nuevas instituciones que esta ley crea, su organización, funciones y atribuciones. Esencialmente, nos interesa mostrar cómo queda este nuevo escenario en el cual deberán desenvolverse los múltiples actores y usuarios de la regulación medioambiental en nuestro país, y los desafíos que restan para su implementación.

Con este objeto, para contextualizar el análisis primero expondremos algunas consideraciones que según la doctrina deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar la institucionalidad ambiental. En segundo lugar, analizaremos brevemente la institucionalidad implementada desde 1994 con la LBMA, sus características, evaluación y críticas. Luego, reseñaremos la historia de la Ley N° 20.417, su origen, tramitación y el acuerdo político para su aprobación. Finalmente, examinaremos las nuevas instituciones que crea esta ley, a saber: el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, en su organización, funciones y atribuciones. Terminaremos analizando los desafíos de implementación de este nuevo escenario, especialmente la institución que falta aprobar para completarlo: el Tribunal Ambiental.

I. Consideraciones previas al diseño de la institucionalidad ambiental

Recogiendo lo expuesto por la doctrina especializada, son al menos dos las consideraciones que deben tenerse en cuenta al diseñar o analizar la institucionalidad con la que se quiera llevar a cabo el objetivo fundamental del Derecho Ambiental, esto es, la protección del medio ambiente. Primero, la transversalidad o multisectorialidad de la problemática ambiental, y segundo, las funciones o componentes de la acción pública ambiental (política, gestión y fiscalización).

Esto es importante, ya que la protección del medio ambiente requiere la existencia de organismos especiales que tengan este objetivo por función exclusiva o principal, como un todo armónico, y que por ende sean los encargados de elaborar e implementar políticas integrales de protección con dicho objeto.

1. Carácter transversal y multisectorial de la problemática ambiental

Si consideramos al Derecho Ambiental como "el conjunto de disposiciones que tienen por objeto la protección de los elementos del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y la mejora de la calidad de vida de las personas, así como de las generaciones futuras"[3], veremos que esta perspectiva responde al carácter transversal de este Derecho a las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

Esta transversalidad viene dada justamente por su objetivo, que es la protección del medio ambiente, la que debe darse no en una rama o sector determinado, sino muchos. La materia ambiental incide y se manifiesta, entre otros, en ámbitos como salud, urbanismo, minería, agricultura, transporte, obras públicas, educación y economía. Esto justifica un tratamiento integral de la problemática ambiental con el objeto de incorporar todas estas visiones a la protección del medio ambiente, en el cual finalmente se desarrollan todas estas actividades afectándolo de una u otra manera[4].

Esto tiene como consecuencia varios problemas de diseño institucional. Ya que la problemática ambiental se da en múltiples sectores, esta multisectorialidad de la gestión ambiental requiere la creación de instituciones que se inserten en un esquema de organización ya existente, generalmente vertical y de competencias compartimentadas. Probablemente además esta institución

[3] Bermúdez (2007) p. 34.

[4] FERNÁNDEZ (2004) pp. 153-154: "...una de las características más importantes de la gestión ambiental es su aplicación transversal, la cual se hace presente a través de toda la Administración del Estado, toda vez que los problemas ambientales deben ser considerados en forma global y sistémica, de tal manera que ninguna autoridad podría marginarse de prestar su colaboración a la solución de problemas ambientales".

se encuentre con un conjunto de normas sectoriales dispersas con incidencia en diversos problemas ambientales[5] (e.g., salud, agua, suelo, aire, etc.), con organismos sectoriales con competencias que pueden superponerse a las que se le otorguen al órgano ambiental especializado.

Por otro lado, deben darse los mecanismos para que la institucionalidad ambiental logre incorporar la variable ambiental a las políticas y regulaciones de cada sector, generalmente orientado más a la productividad en base al elemento medioambiental que se trate (suelo, agua, etc.), más que a su protección o conservación[6]: "...la política y normas ambientales requieren reflejar el balance de un conjunto de objetivos e intereses distintos, y en algún punto, potencialmente contradictorios"[7].

El carácter multisectorial de la gestión ambiental presenta entonces diversos desafíos a nivel de diseño institucional: i) Definición del tipo de organismo a crear, determinando la ubicación y jerarquía que tendrá dentro del esquema de la Administración del Estado; ii) Definición de competencias exclusivas, o asignación de funciones de colaboración, o coordinación con respecto a los demás órganos del Estado con competencias ambientales; y iii) Definición de instrumentos e instancias que permitan una gestión ambiental integral, incorporando la variable ambiental en los diversos sectores en que ésta incide[8].

---

[5] BERMÚDEZ (2007) pp.36-37.

[6] Raúl Brañes presenta claramente este problema: "El principio de la transectorialidad es posiblemente el que ofrece mayores dificultades cuando se trata de insertar la gestión ambiental dentro de la estructura administrativa del Estado, porque esa estructura es eminentemente 'sectorial', es decir, está dividida en sectores bien definidos y fuertemente compartimentalizados entre sí. La gestión que realizan estos sectores comprende algunas veces ciertos elementos ambientales, como es el caso, por ejemplo, de lo suelos y tierras, los bosques y selvas, la vida silvestre, las aguas, etc. Esta gestión, que se denominará 'tradicional', se ejerce respecto de cada elemento ambiental por separado y tiene, por lo general, un carácter marcadamente productivista, por lo que está lejos de ser una gestión ambiental. En efecto, si el medio ambiente es un sistema donde se organizan los elementos que hacen posible la existencia y el desarrollo de los organismos vivos, la gestión ambiental debe entenderse como una actividad integral y no puede concebirse como referida a cada uno de los elementos del ambiente por separado, sino que además, y preferentemente, referida a todos los elementos en su conjunto y en sus procesos de interacción. De allí nace la necesidad de una estructura jurídico-administrativa distinta de la tradicional, que se haga cargo de las particularidades propias de la gestión ambiental, lo que inevitablemente genera un conflicto con los sectores que tradicionalmente han poseído el control del recurso o elemento ambiental de que se trate o de la actividad en que incide y que, en la práctica, no han cuidado de los requerimientos ambientales que plantea ese control, sino más bien de los requerimientos de producción y productividad que se le hacen" BRAÑES (2000), p. 46.

[7] SIERRA (2008) p. 59.

[8] Según Cordero, siguiendo los criterios de la Constitución Política y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ("LOCBGAE"), al diseñarse una autoridad administrativa debe elegirse: a) la tarea asignada a la institución que se crea, definiendo la naturaleza específica de las actividades de interés general o particular que debe regular, y la manera en que éstas serán reguladas; b) la estructura del organismo, definiendo la autoridad superior, mecanismos de nombramiento y de remoción de las autoridades, y vínculo y control con el Presidente de la República; y c) el lugar que el órgano administrativo tendrá dentro del sistema, sea Ministerio, servicios públicos, órganos autónomos o agencias. CORDERO (2006).

En base a lo anterior se han identificado dos modelos de institucionalidad ambiental[9]:

- **Sistema de Centralización Administrativa:** En él se estructura la autoridad ambiental insertándola en la estructura tradicional de la Administración Pública, basada en organizaciones ministeriales y servicios dependientes de los Ministerios. Utilizando los criterios usuales de organización administrativa, en este modelo por lo general se crea una secretaría de Estado que asume las diferentes aristas de la protección del medio ambiente, relacionándose con los demás Ministerios y dirigiendo o supervigilando los servicios destinados a la protección, promoción, conservación, preservación o reparación del medio ambiente.

- **Sistema de Coordinación Horizontal:** En este caso se estructura a la autoridad ambiental con facultades de coordinación horizontal o transversal, no como un ente centralizado, sino como coordinador de los diferentes sectores que afectan el medio ambiente; generalmente de carácter interministerial, apoyada en comités técnicos, esta autoridad tiene por función proponer políticas y normas de ejecución diversificada en los diversos organismos que tienen competencia en las diferentes áreas que afectan la problemática ambiental. En esta misma línea está la idea de establecer unidades ambientales dentro de los órganos que componen la Administración del Estado[10].

En general, a nivel comparado se ha impuesto la tendencia de crear secretarías de Estado o Ministerios de Medio Ambiente o Recursos Naturales, o asociados a algún sector como Bienes Nacionales, por ejemplo. Chile fue de los pocos países que, en su momento, optó por un modelo de coordinación[11].

2. Componentes o funciones de la acción ambiental pública

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que tradicionalmente se ha dividido la regulación ambiental en tres componentes o funciones fundamentales: Política Ambiental, Gestión Ambiental y Fiscalización Ambiental[12].

i) Política Ambiental (función normativa): Se refiere al establecimiento por parte del Estado de políticas y normas relativas a la problemática ambiental. La determinación de una política ambiental supone la formulación de una política

[9] CORDERO (1996) pp. 25-27.
[10] En nuestro país, esto es de común ocurrencia. Véase FERNÁNDEZ (2004) pp.116-117.
[11] CORDERO (1996) p. 27, y FERRADA NEHME (2007) p. 45.
[12] Esta clasificación la utilizan tanto SIERRA (2008) pp. 58-61, como CORDERO (2010) para estructurar su análisis al entonces proyecto de ley sobre la nueva institucionalidad ambiental.

pública que fije los lineamientos de acuerdo a los cuales se asumirá la tarea de la protección ambiental por parte del poder público[13].

ii) Gestión Ambiental (función ejecutora): Se realiza a través de acciones de órganos del Estado encargados de ejecutar la política ambiental utilizando los instrumentos de gestión ambiental establecidos en la normativa pertinente[14].

iii) Fiscalización Ambiental (función fiscalizadora): Se refiere a la actividad por parte del Estado de fiscalización y control del cumplimiento de las normas y de los instrumentos de gestión ambiental, y con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos por la regulación ambiental[15].

Esta distinción de las diferentes funciones que debe asumir el Estado en materia ambiental es muy útil a la hora de diseñar las instituciones que deberán ejercer cada una o todas ellas. Dependiendo del modelo que se adopte, estas funciones pueden concentrarse en una sola institución o asignarse a organismos distintos. En cualquier caso, un buen diseño institucional requiere una clara asignación de funciones, atribuciones y competencias, la forma en que éstas se ejercerán, los objetivos específicos de cada uno de los organismos y la definición de las autoridades que los encabezarán y que deberán implementar las políticas definidas previamente. Deben evitarse descoordinaciones, deficiencias de implementación de políticas, ineficiente uso de recursos públicos y superposiciones de competencias que puedan derivar en conflictos o falta de ejecución de alguna de ellas; falencias que como veremos son parte de las críticas que se le hacían a la institucionalidad ambiental chilena vigente hasta este año.

II. Institucionalidad creada por la LBMA en 1994: La Comisión Nacional del Medio Ambiente

1. Generalidades

La LBMA inició su tramitación en septiembre de 1992 mediante mensaje del Presidente de la República presentado al Senado, fue aprobada por el Congreso

[13] Según BERMÚDEZ, en cuanto a su eficacia, la política ambiental puede resumirse en los siguientes puntos: i) determinar la posición que tendrá la protección del medio ambiente dentro del contexto de las demás políticas públicas, sea coordinado o subordinado a ellas; ii) la fijación de niveles o estándares ambientales, niveles de protección para la salud o calidad de vida de las personas; iii) finalmente, supone una opción y priorización entre los diversos instrumentos de gestión ambiental, los que no son siempre compatibles, o que operan secuencialmente (e.g.: cooperación y luego sanción por incumplimiento de medidas o niveles). En el ámbito nacional, la tarea de fijar la política ambiental le corresponde a un organismo determinado, generalmente un Ministerio, que además se encarga de coordinar su puesta en práctica. BERMÚDEZ (2007) pp. 29-33.

[14] "Entendemos por gestión ambiental el conjunto de acciones destinadas a administrar el ambiente con el fin de alcanzar el cumplimiento de una política nacional ambiental que contribuya al logro del desarrollo sustentable" FERNÁNDEZ (2004) p. 153.

en 1993 y publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994. Fue diseñada como una ley de bases o marco para la regulación medioambiental en nuestro país, hasta ese momento compuesta de normas sectoriales y dispersas, y sin una política clara. Eso sí, en su carácter de ley ordinaria o común, no tiene preeminencia respecto de otras leyes que versen sobre materias similares. Además, expresamente se dejaron vigentes las normas especiales que rigieran la materia[16].

Los objetivos de la LBMA en 1994 eran ambiciosos. Declaró un amplio ámbito de regulación en materia ambiental: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

En ese marco general, se desarrolló la regulación de los tres componentes de la función ambiental. En materia de **política y regulación**, la idea era desarrollar una política ambiental nacional, contribuir a desarrollar la garantía constitucional que asegura a toda persona el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación e iniciar un proceso ordenador de la normativa ambiental del país (función de una ley marco o de "bases" sobre las cuales se deberían guiar las futuras normas jurídicas que aborden la temática ambiental). En cuanto a la **gestión ambiental**, se dotó al Estado de instrumentos de gestión ambiental tales como el sistema de evaluación de impacto ambiental, normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención, áreas protegidas, etc., estableciendo además los procedimientos para su ejecución o elaboración (en el caso de las normas). En cuanto a **fiscalización**, se mantenían las competencias de los organismos sectoriales, pero éstos podían solicitar a la autoridad ambiental la aplicación de sanciones. Por último, se creó una **institucionalidad ambiental**, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), descentralizada por medio de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMAs), que debía hacerse cargo de todas estas funciones.

2. La Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA)

En relación con la institucionalidad ambiental, puede decirse que la LBMA en 1994 optó por un modelo de coordinación horizontal. El modelo institucional estaba basado en los principios de integración, cooperación y coordinación.

Como órgano administrativo, la CONAMA se diseñó como un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio

[15] CORDERO (2008) p. 29.

[16] Artículo 1 de la LBMA: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia".

propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Sin embargo, resultó ser un órgano atípico dentro de la estructura normal de la Administración Pública chilena[17]: su cabeza superior era un Consejo integrado por un alto número de Ministros de Estado, a cargo de la dirección y organización del mismo, en vez del clásico jefe superior del servicio; la mayoría de sus órganos son colegiados, e integrados por autoridades y personas que representan diversos sectores de la sociedad; al Director Nacional, jefe superior del servicio, se le asignaban funciones de administración del Servicio, pero con un enfoque más de coordinación, colaboración y ejecución de acuerdos del Consejo, más que como titular de atribuciones de decisión autónoma en el campo ambiental.

En cuanto a sus funciones, la LBMA otorgó a la CONAMA atribuciones generales respecto de proponer políticas, orientaciones, actuar como órgano de consulta y análisis, comunicación, coordinación y fiscalización en materia ambiental, además del deber de informar al Presidente de la República sobre cumplimiento de la legislación vigente en materia ambiental. La CONAMA tenía además a su cargo la recopilación y provisión de todo lo relativo a la información ambiental, junto a ciertas funciones propiamente de gestión, tales como: administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental; coordinar el proceso de generación de normas de calidad ambiental y determinar los programas para su cumplimiento; y colaborar con las autoridades competentes en la preparación, aprobación y desarrollo de programas de educación y difusión ambiental

De esta manera, se concentraron en la institución creada todos los componentes o funciones de la regulación ambiental: funciones normativa, ejecutora y fiscalizadora, pero diseñada como organismo de carácter transversal y coordinador. Debe tenerse en cuenta que a pesar de esta aparente concentración, en realidad el esquema bajo el cual se creó la CONAMA mantuvo vigentes las competencias sectoriales de los demás órganos del Estado, cuya acción esta institución debía coordinar.

2.1. Composición orgánica de la CONAMA

La institucionalidad ambiental diseñada por la LBMA estaba compuesta por los siguientes órganos: a nivel nacional, el Consejo Directivo, la Dirección Ejecutiva, y un Consejo Consultivo; y a nivel regional, el modelo contemplaba Comisiones Regionales de Medio Ambiente (COREMAs), que a su vez tenían Consejos Consultivos Regionales, Direcciones Regionales del Medio Ambiente y Comités Técnicos. Veamos sucintamente la composición y funciones de estos órganos.

[17] CORDERO (1996) pp. 81-84.

- Al **Consejo Directivo** le correspondía la dirección superior de la CONAMA[18]. Este Consejo era interministerial, con el propósito de integrar las diversas visiones sectoriales en la formulación de la política ambiental, y estaba integrado por 14 Ministros de las carteras relacionadas con materias ambientales[19]. Tenía por misión principal la formulación de la política ambiental del Gobierno y velar por su cumplimiento, la adopción de políticas y normas proponiendo al Presidente de la República proyectos de ley y actos administrativos relativos a materias ambientales, y velar por la coordinación en materia ambiental entre los Ministerios, organismos y servicios públicos.

- La **Dirección Ejecutiva** estaba a cargo del Director Ejecutivo en carácter de jefe del Servicio, designado por el Presidente de la República y a quien correspondía genéricamente su administración superior, debiendo cumplir y hacer cumplir los acuerdos e instrucciones del Consejo Directivo, y realizar los actos y funciones que éste le delegue en el ejercicio de sus atribuciones[20].

- También a nivel nacional, el **Consejo Consultivo** era un órgano colegiado de consulta en el que participaban representantes de diversos sectores de la sociedad[21]. Sus funciones eran: absolver las consultas que le formulara el Consejo Directivo y emitir opiniones sobre los anteproyectos de ley y decretos supremos que fijaran normas ambientales.

- La CONAMA se desconcentraba territorialmente en diversos organismos equivalentes a nivel regional: las **Comisiones Regionales del Medio Ambiente** o COREMAs, los **Directores Regionales del Medio Ambiente** y los **Consejos Consultivos Regionales**, contemplándose además un Comité Técnico regional[22].

---

[18] Artículo 71 LBMA antes de la modificación de la Ley N° 20.417.

[19] Los ministros que lo integraban eran: Ministros Secretario General de la Presidencia; Relaciones Exteriores; Defensa Nacional; Economía, Fomento y Reconstrucción; Planificación y Cooperación; Educación; Obras Públicas; Salud; Vivienda y Urbanismo; Agricultura; Minería; Transportes y Telecomunicaciones, y Bienes Nacionales. Fue presidido primero por el Ministro Secretario General de la Presidencia, y a partir de 2007, por el Ministro Presidente de la CONAMA, desde que la Ley N° 20.173, publicada en el Diario oficial el 27 de marzo de 2007, creó el cargo de Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y le confirió el rango de Ministro, con lo que cambió la composición del Consejo Directivo.

[20] El Director Ejecutivo de la CONAMA también podía asistir con derecho a voz a las sesiones del Consejo Directivo, y crear y presidir, previa aprobación del Consejo Directivo, Comités y Subcomités Operativos formados por representantes de los Ministerios, servicios y demás organismos competentes para el estudio, consulta, análisis, comunicación y coordinación en determinadas materias relativas al medio ambiente, pudiendo de igual forma y con el mismo objetivo crear comités consultivos con participación de personas naturales y jurídicas ajenas a la Administración del Estado.

[21] Presidido primero por el Ministro Secretario General de la Presidencia, y a partir de 2007, por el Ministro Presidente de la CONAMA, estaba integrado por dos representantes, respectivamente, del mundo académico, científico, organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección del medio ambiente, empresarial y de los trabajadores, además de un represente del Presidente de la República (todos elegidos por el Presidente de la República por un período de dos años, renovable por una sola vez).

[22] El Comité Técnico estaba integrado por el Director Regional del Medio Ambiente y los Directores Regionales de los servicios públicos con competencia en materia ambiental, incluido el Gobernador Marítimo correspondiente.

Así, desde una perspectiva orgánico-funcional, la CONAMA contaba con potestades de dirección de la política ambiental (Consejo Directivo), de coordinación (Consejo Directivo y Dirección Ejecutiva), de orden consultivo (Consejo Consultivo a nivel nacional y regional y el Comité Técnico de cada COREMA) y propiamente de gestión (Consejo Directivo, Dirección Ejecutiva y COREMAs).

2.2. Evaluación y críticas

Ya desde sus inicios, la institucionalidad diseñada por la LBMA fue objeto de críticas. La CONAMA debía cumplir con múltiples funciones ambientales, en un esquema de coordinación, pero inserta en una Administración Pública verticalizada, y con recursos limitados. El resultado en general fue una buena administración del instrumento de gestión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"), pero con serias deficiencias en materia de políticas y regulación, elaboración de normas y estándares, y sobre todo en cuanto a la fiscalización de las mismas.

Revisaremos algunas de las principales críticas a la institucionalidad creada en 1994 y su funcionamiento, lo que ayudará a entender el modelo elegido para rediseñar la institucionalidad ambiental[23].

- **Falta de elaboración de políticas y normas:** La labor de la CONAMA de proponer y hacer cumplir una política ambiental del gobierno, realizar programas transectoriales y velar por su aplicación por parte de los diferentes Ministerios sectoriales, fue pobremente realizada. El Consejo de Ministros no ejerció en toda su extensión la competencia de política pública y la definición de criterios que le había encomendado la LBMA, y la Dirección Ejecutiva tampoco generó los comités operativos interministeriales de manera de activar la gestión pública en este ámbito[24].

- **Falta de coordinación y autoridad en un sistema administrativo centralizado y vertical:** La estructura coordinadora de la CONAMA no se integró bien a un sistema administrativo como el nuestro, organizado en competencias sectoriales y verticales. La reticencia a participar y colaborar por parte de los servicios con competencia ambiental se debe a que éstos elaboraban y ejecutaban políticas sin intervenciones externas, como consecuencia de la verticalidad de la estructura administrativa en la que se encuentran insertos.

- **Visión sectorial de política y normativa ambiental:** No se logró integrar plenamente la variable ambiental a las normas y políticas sectoriales, cuyos

[23] Para un mayor desarrollo de estas críticas, véase FERNÁNDEZ (2004) pp. 123-125; CORDERO (2006), FERRADA NEHME (2007) pp. 31-36.
[24] FERNÁNDEZ (2004) p. 124 y SIERRA (2008) pp. 61-64.

organismos siguieron dictando actos y ejecutando políticas en su sector sin intervención de la autoridad ambiental en muchos casos. Además, la autoridad sectorial tiene generalmente un interés contrapuesto al ambiental, de productividad del área más que de conservación del elemento que se trate[25].

- **Superposición de competencias ambientales:** Al mantenerse las competencias sectoriales sin reglas claras de delimitación se dieron una serie de conflictos de roles y competencias entre autoridades y servicios, por ejemplo en la fiscalización, donde podían llegar dos servicios distintos a fiscalizar y sancionar por los mismo hechos.

- **"Seización" de la gestión ambiental:** La CONAMA se veía más como una administradora y coordinadora del SEIA y de otros instrumentos de gestión ambiental. Además, ante la falta de políticas y normas, el SEIA se vio presionado como instrumento para resolver, en procedimientos de evaluación de proyectos específicos, una serie de problemas o definiciones que correspondían más bien a políticas y normas[26].

- **Politización de decisiones técnicas en el SEIA:** Sobre todo en la calificación ambiental de proyectos en el SEIA, las decisiones eran tomadas por autoridades de carácter más político que técnico, lo que aumentaba la discrecionalidad de la autoridad y la falta de certeza jurídica por parte de los administrados. Además, esta conformación del órgano calificador de proyectos incentivaba el lobby para lograr una decisión favorable, en vez de mejorar la propuesta de protección ambiental desde un punto de vista técnico. Por otro lado, en el proceso de calificación ambiental del SEIA se daban conflictos de interés claros por el poder de decisión que tenían autoridades políticas, sobre proyectos patrocinados por sus mismos organismos o sus superiores, dándose la anomalía que el interesado era la misma autoridad que calificaba y decidía[27].

- **Fiscalización inorgánica y dispersa:** En general hubo consenso en que la lógica de la coordinación para verificar el cumplimento de las normas ambientales y aplicar las sanciones en caso de incumplimiento había fallado. Problemas de duplicidad de competencias y funciones entre autoridades

[25] FERNÁNDEZ (2004) p. 124.
[26] SIERRA (2008) pp. 73-74.
[27] Resultaba al menos conflictivo que participaran en la aprobación ambiental aquellos organismos que ingresaban proyectos al sistema, como el Ministerio de Obras Públicas; o que debían aprobarse proyectos sometidos a consideración del Gobierno Regional, el que además participaba en su calificación ambiental a través de la COREMA. Otro tanto ocurría cuando el Consejo Directivo de la CONAMA debía resolver sobre proyectos interregionales o regionales en el SEIA por la vía de la impugnación a la RCA regional, especialmente respecto de aquellos proyectos en que se encuentra involucrado el sector público, sea como titular del mismo o interesado, porque la implementación de sus políticas dependían de la aprobación de un proyecto en particular.

ambientales y sectoriales, discrecionalidad en la determinación de las sanciones, falta de certeza sobre los criterios de la autoridad, entre otros aspectos, dieron cuenta de las graves falencias que presentaba el sistema en cuanto a este aspecto[28].

- **Deficiente rendición de cuentas institucional:** Se habló incluso de una "ausencia de autoridad ambiental", ya que la institucionalidad existente estaría subordinada a instructivos y consideraciones políticas, con una baja asignación de prioridades y de recursos. Se criticó además que su posición en el organigrama de los Ministerios, bajo un Consejo interministerial, le quitaba peso político para desempeñar su rol y fijar efectivamente la política ambiental y las normas que se esperaban de ella[29].

III. Nueva institucionalidad ambiental: El Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente

1. Ley N° 20.417: origen, tramitación y aprobación condicionada

Sumándose a las críticas reseñadas en el acápite anterior, el año 2005 la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") entregó un informe con conclusiones y recomendaciones en materia ambiental ("Informe OCDE")[30], como parte de la evaluación a la que se sometió Chile con el objeto de integrar dicho organismo. Tal como cita el Mensaje Presidencial del proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley N° 20.417, las críticas y propuestas de reforma al modelo existente en materia ambiental no eran recientes, incluyendo la emisión de varios informes de expertos encargados por la autoridad central para analizar su reforma[31].

Con la Ley N° 20.173 se creó el cargo de Presidente de la CONAMA y se le dio el rango de Ministro de Estado. Explícitamente, en el marco de los informes y críticas reseñadas, se le encargó a la nueva autoridad la preparación de la propuesta de reforma legal al sector ambiental. El proyecto fue discutido en una etapa prelegislativa con diputados de la Comisión de Recursos Naturales, Medio Ambiente y Bienes Nacionales, organizaciones no gubernamentales, centros de estudios y organizaciones gremiales de la industria, además del trabajo al interior del Ejecutivo con Ministerios y servicios públicos.

[28] CORDERO (1996) pp.159 - 160; SIERRA (2008) p. 80; CORDERO (2008) p. 33.
[29] Fernández, al criticar la incapacidad de la CONAMA para proponer una política nacional ambiental, da entre las razones de sus limitaciones como organismo coordinador, la ubicación que tiene este organismo en el organigrama del Estado, bajo los demás Ministerios sectoriales, como un órgano inferior "que carece de estatus". FERNÁNDEZ (2004) p. 124.
[30] OCDE (2005).
[31] MENSAJE N° 352-356 (2008) p. 7.

El proyecto de ley ingresó el 19 de junio de 2008 a la Cámara de Diputados, y luego en la Comisión de Recursos Naturales, Medio Ambiente y Bienes Nacionales de la Cámara se adoptó el acuerdo de realizar audiencias por cinco meses. Concurrieron representantes de 20 instituciones a dar sus observaciones y opiniones. Luego de la aprobación de la Cámara de Diputados, el Senado aprobó en general el proyecto de ley el 19 de agosto de 2009, recibiendo posteriormente a los distintos actores; se recibieron muchísimas indicaciones, más de 1.000, por lo que sobre esa base se decidió avanzar hacia un acuerdo político que hiciera viable la aprobación del proyecto, el que se firmó el 26 de octubre de 2009 entre diferentes sectores políticos[32].

Parte vital del acuerdo para destrabar la aprobación del proyecto fue el compromiso del Ejecutivo de presentar una serie de indicaciones que recogían las ideas centrales del mismo y la presentación de un proyecto que creara el Tribunal Ambiental, lo que se materializó el 28 de octubre de 2009.

Finalmente, el proyecto de ley fue despachado por el Senado y la Cámara en noviembre de 2009, y el 6 de enero de 2010 el Tribunal Constitucional dictó sentencia sobre su constitucionalidad[33]. Después de su promulgación fue publicado en el Diario Oficial el 26 de enero del presente año.

2. Diseño general de la nueva institucionalidad ambiental

El nuevo modelo de institucionalidad ambiental se basa en la división de las funciones o componentes de la actividad pública en materia ambiental, asignándolas a organismos distintos. Organismos además de diferente jerarquía, en una estructura vertical y funcionalmente descentralizada, partiendo por una secretaría de Estado especial, el Ministerio del Medio Ambiente, con servicios especiales como el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia, hasta un órgano jurisdiccional independiente y especializado, como lo será el Tribunal Ambiental.

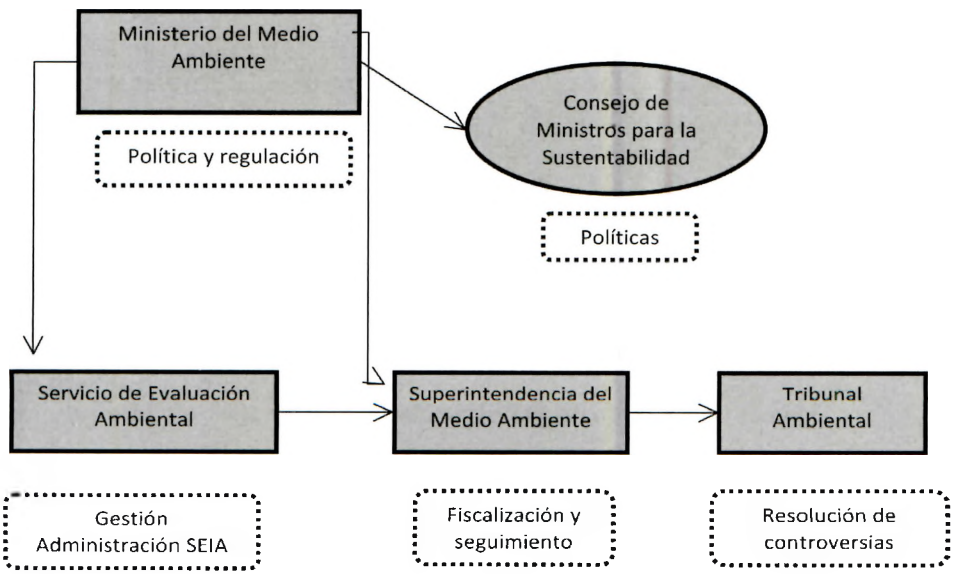
A pesar de cambiarse el esquema coordinador por uno centralizado, se mantuvieron los órganos colegiados como asesores a través de Consejos integrados por autoridades y representantes de diversos sectores, ahora dentro del Ministerio del Medio Ambiente (Consejo Consultivo Nacional y Consejos Consultivos Regionales), además del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que integran los ministros de diversas áreas. Debe hacerse presente además que a pesar de todo el rediseño institucional, se mantuvieron las competencias sectoriales de otros órganos del Estado.

[32] DIARIO FINANCIERO ONLINE (2009) y PROTOCOLO DE ACUERDO (2009).
[33] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) Rol 1554.

De esta manera, desde un punto de vista orgánico-funcional, el nuevo diseño institucional ambiental puede resumirse así: el **Ministerio del Medio Ambiente** será el encargado de la definición de **políticas y normas** de regulación ambiental, apoyado por el **Consejo de Ministros para la Sustentabilidad**, instancia que mantiene la discusión multisectorial de la problemática ambiental aprobando dichas políticas y regulación. En cuanto a la gestión ambiental, específicamente la administración del SEIA como instrumento de gestión ambiental, se le asigna al **Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)**. La fiscalización ambiental, tanto del cumplimiento de las RCA como de otros instrumentos y normas, se trató de concentrar en la **Superintendencia (SMA)**, estableciendo un sistema integrado de **fiscalización ambiental** con un procedimiento sancionatorio único. Finalmente, y fruto del acuerdo político anteriormente reseñado, deberá esperarse la aprobación del proyecto de ley que crea el **Tribunal Ambiental**, órgano jurisdiccional con competencia sobre el **contencioso administrativo ambiental**, el cual completa la nueva institucionalidad y del cual depende su completa implementación.

En el diseño de estas instituciones se asignaron funciones, organigramas, autoridades, formas de nombramiento y procedimientos administrativos nuevos. Es una reforma integral, importante y con muchos desafíos de implementación. Veremos ahora los órganos creados por la Ley N° 20.417.

Institucionalidad Ambiental: Esquema general



3. Ministerio del Medio Ambiente

El Ministerio del Medio Ambiente es una secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, todo ello promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa[34].

En cuanto a su composición, el Ministerio tiene una **Subsecretaría** y seis **Divisiones**: Regulación Ambiental, Información y Economía Ambiental, Educación, Participación y Gestión local; Recursos Naturales y Biodiversidad, Cambio Climático y Cumplimiento de Tratados Internacionales, y Planificación y Gestión[35]. Además, tiene **Secretarias Regionales Ministeriales (SEREMIs)** en cada región del país.

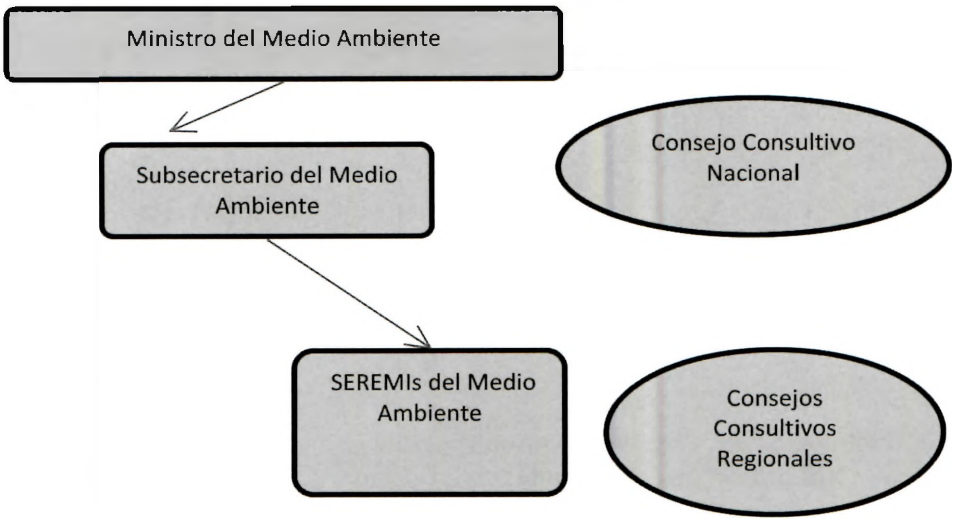
Se mantuvieron los Consejos Consultivos a nivel nacional y regional, con la misma composición que tenían antes de la reforma, como órganos de consulta:

- **Consejo Consultivo Nacional:** Lo preside el Ministro del Medio Ambiente, e integrado por dos representantes, respectivamente, del mundo académico, científico, organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección del medio ambiente, empresarial y de los trabajadores, además de un representante del Presidente de la República. Todos son elegidos por el Presidente de la República por un período de dos años, renovable por una sola vez. Sus funciones son absolver las consultas que le formulen el MinMA y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, emitir opiniones sobre anteproyectos de ley y decretos supremos que fijen normas de calidad ambiental, de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio medioambiental, planes de prevención y descontaminación, normas de emisión, y también puede pronunciarse de oficio sobre temas ambientales de interés general.

- **Consejos Consultivos Regionales:** Se contempla uno en cada región del país, integrado por dos representantes, respectivamente, del mundo académico, científico, organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección del medio ambiente, empresarial y de los trabajadores, además de un represente del Ministro del Medio Ambiente, todos nombrados por el Intendente a proposición del SEREMI por un período de dos años, renovable por una sola vez. Sus funciones son absolver las consultas que le formulen el Intendente, el Gobierno Regional y el SEREMI del Medio Ambiente, y

[34] Artículo 69, Ley N° 19.300.
[35] Según organigrama presentado en CORDERO (2010).

también puede pronunciarse de oficio sobre temas ambientales de interés general.



La creación un Ministerio dedicado exclusivamente al tema medioambiental, de un carácter más técnico, cambia completamente la definición del organismo encargado de la política y regulación de esta materia en nuestro sistema. Finalmente se asumió un esquema centralizado, donde existe un claro responsable político como colaborador directo del Presidente de la República, y sitúa la discusión de la protección del medio ambiente en igualdad de posición con los demás sectores representados por los diferentes Ministerios. Creemos que esto es un gran avance en el estatus del órgano principal de la institucionalidad ambiental, y que da cuenta de la importancia que ha adquirido la problemática medioambiental en nuestro país y el mundo.

4. Consejo de Ministros para la Sustentabilidad

Es un órgano de deliberación de las políticas públicas y regulación general en materia ambiental. Está integrado por el Ministro del Medio Ambiente, quien lo preside, y los Ministros de Agricultura, Hacienda, Salud, Economía, Fomento y Reconstrucción, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería, y Planificación. Sesiona cuando lo convoca su Presidente, con un mínimo de dos veces al año; su quórum para sesionar es de seis consejeros, sus acuerdos se toman por mayoría absoluta de los asistentes[36].

[36] Artículos 71 y 72 de la Ley N° 19.300.

Sus competencias son proponer al Presidente de la República: a) Las políticas para el uso y aprovechamiento de recursos naturales; b) Criterios de sustentabilidad en la elaboración de las políticas sectoriales; c) La creación de áreas silvestres protegidas; d) Pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos de carácter ambiental general cualquiera sea el ministerio de origen; d) Pronunciarse sobre los criterios y mecanismos de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, entre otras. Es importante destacar que sus acuerdos son obligatorios para los organismos de la Administración del Estado a los cuales están dirigidos[37].

Claramente, la mantención de un consejo interministerial que discuta y apruebe las políticas y normas en que incida la variable ambiental, es un reconocimiento a la transversalidad de la problemática ambiental. Por otro lado, la mantención de una instancia de discusión en la que los diferentes sectores afectados por la protección del medio ambiente puedan expresar sus visiones y lleguen a acuerdos relevantes para toda la Administración Pública no deja completamente de lado la visión de coordinación y cooperación que inspiró la institucionalidad original de la LBMA. Aquí el desafío será llegar efectivamente a acuerdos y avanzar en la elaboración de políticas y normas que tanto se ha criticado como una de las falencias del régimen anterior.

5. Servicio de Evaluación Ambiental

Es un servicio público funcionalmente descentralizado, y desconcentrado a nivel regional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente. Su creación obedece al objetivo de establecer un organismo de gestión ambiental que administre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"), separado del Ministerio.

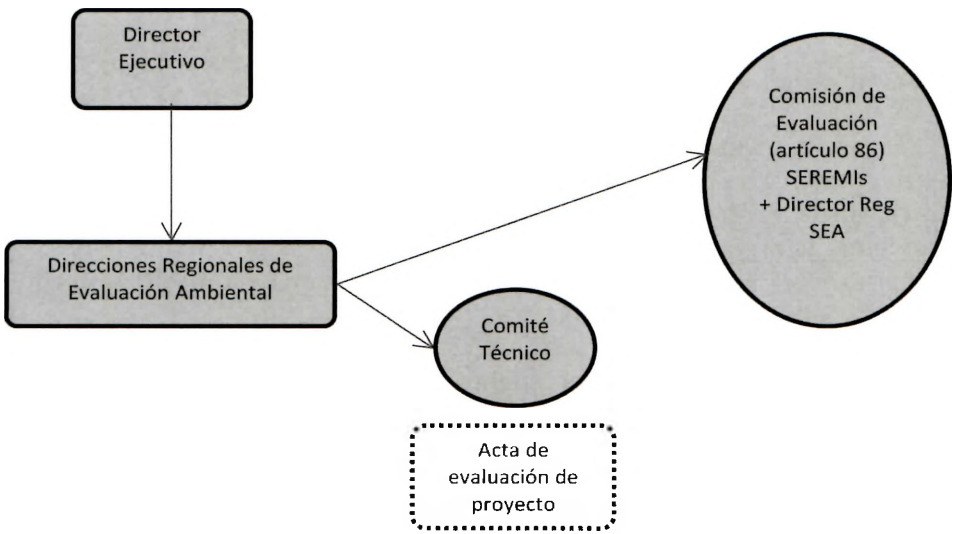
Este servicio será el continuador legal de la CONAMA, y sus directivos, tanto Director Nacional, jefe del servicio, como los Directores Regionales, serán seleccionados por el Sistema de Alta Dirección Pública.

Sus funciones principales son[38]: administrar el SEIA; administrar el sistema de información sobre permisos ambientales; uniformar criterios, requisitos, condiciones, etc., trámites y exigencias ambientales que establezcan los órganos del Estado; proponer la simplificación de trámites; e interpretar administrativamente las RCA[39].

[37] Artículo 73 de la Ley N° 19.300.
[38] Artículo 81 de la Ley N° 19.300.
[39] Esta interpretación la realizará previo informe de los organismos con competencia en la materia que evaluaron el proyecto, del Ministerio y la Superintendencia cuando corresponda.

En cuanto a su estructura, el SEA se compone de un **Director Ejecutivo**, que es el jefe superior del Servicio y su representante legal, y bajo éste los **Directores Regionales**.

Adicionalmente se mantienen dos órganos colegiados dentro de la evaluación de los proyectos: la **Comisión del artículo 86 o "Comisión de Evaluación"**, heredera de las COREMAs, ya que a ésta le corresponde la calificación ambiental de los proyectos sometidos a evaluación ambiental. Está integrada a nivel regional por los SEREMIs de Medio Ambiente, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Agricultura, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería, Planificación, y el Director Regional del SEA, que actúa como su secretario. Se mantiene asimismo el **Comité Técnico**, integrado por el SEREMI de Medio Ambiente, el Director Regional del SEA, los directores regionales de servicios públicos con competencia ambiental, el Gobernador Marítimo y Consejo de Monumentos Nacionales. Su función principal dentro del sistema de evaluación es elaborar un acta de evaluación de cada proyecto, que sirva de base a la calificación ambiental del mismo que debe decidir la Comisión de Evaluación.



En cuanto a este Servicio y su estructura, quizás lo más relevante desde un punto de vista orgánico es la eliminación de la participación de los Gobernadores y Consejeros Regionales (autoridades eminentemente políticas) de la calificación ambiental de los proyectos sometidos al SEIA. Este es un cambio positivo, y obedece a la intención de darles más preponderancia a factores técnicos en las decisiones al interior del SEIA. La composición de la Comisión de Evaluación del artículo 86, sin embargo, no es puramente técnica, ya que

está integrada por SEREMIs, que son funcionarios de Ministerios sectoriales, por lo que está por verse si este cambio elimina totalmente la variable política en la aprobación de los proyectos.

En todo caso, como un instrumento de gestión ambiental, debe reconocerse que el SEIA es una herramienta al servicio de la protección del medio ambiente, y las decisiones que se tomen en él involucrarán necesariamente directrices o lineamientos del Gobierno. En ese sentido, mejor será avanzar en la aplicación estricta de principios, criterios y normas de procedimiento en la evaluación de proyectos más que en la naturaleza y composición del órgano que debe aplicarlas[40].

6. Superintendencia del Medio Ambiente

Se crea la Superintendencia del Medio Ambiente como órgano autónomo; servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente. El Superintendente, jefe del servicio, será nombrado por el Presidente de la República mediante el Sistema de Alta Dirección Pública.

Como adelantamos, su **función** es llevar a cabo el seguimiento y fiscalización del cumplimiento de las normas e instrumentos de gestión ambiental, y sancionar en caso de incumplimiento. Debe administrar un sistema integrado de fiscalización ambiental, destinado a garantizar el debido cumplimiento de las regulaciones ambientales contenidas principalmente en los instrumentos de gestión: ejecuta y coordina el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y Descontaminación Ambiental, el contenido de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión, de los Planes de Manejo, y de todos aquellos instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. De esta manera se define la **competencia** de este organismo para fiscalizar y sancionar el incumplimiento de todos los instrumentos de gestión ambiental.

En cuanto a sus **atribuciones** para cumplir con esta función, este organismo puede requerir información y muestreos, suspender autorizaciones de funcionamiento contenidas en las RCA, requerir el sometimiento al SEA en caso de proyectos que deberían haberse sometido a éste y no lo hubieren hecho, requerir el cumplimiento de normas y condiciones ambientales, imponer sanciones, y dictar instrucciones de carácter general dentro de sus atribuciones. También colabora con los demás organismos con competencia ambiental en su función de fiscalización.

[40] LEIVA (2010).

En cuanto a las **formas o sistemas de fiscalización**, se contemplan diferentes posibilidades: **directa**, a través de los funcionarios de la Superintendencia; **sectorial**, de conformidad a los programas y subprogramas de fiscalización definidos entre los sectores y la Superintendencia; y **privada**, mediante un sistema de certificación de conformidad, sujeto a un sistema de acreditación administrado por la Superintendencia. Se contempla también la **denuncia ciudadana**, mediante la cual un particular puede denunciar de un incumplimiento ambiental, adquiriendo legitimidad en el procedimiento administrativo y con la posibilidad de exigir respuesta. Novedosa es la figura de la **autodenuncia**, mediante la cual el infractor puede informar inmediatamente de una infracción y reducir su sanción en un 100% la primera vez, en un 75% la segunda y en un 50% la tercera.

Además, se regula un único **procedimiento sancionador**[41], del cual es competente la Superintendencia, estableciendo dos reglas de compatibilidad sectorial: la primera, que ningún sector podrá instruir procedimientos sin que termine el de la Superintendencia; la segunda, es que no se puede sancionar dos veces por los mismos hechos y fundamentos jurídicos. Además, es importante destacar que la ley exige que la fiscalización y la instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones deban ser llevados por unidades diferentes dentro de la Superintendencia[42].

Se establece un catálogo único de **sanciones**, las que pueden ser: a) amonestación por escrito; b) multa de una a 10.000 unidades tributarias anuales; c) clausura temporal o definitiva; y d) revocación de la resolución de calificación ambiental. Las infracciones se clasifican en leves, graves y gravísimas, y las sanciones van asociadas a la gravedad de la infracción. Como alternativas, se da la opción al infractor para proponer un programa de cumplimiento y así suspender el procedimiento sancionador; y en caso de haber daño ambiental, proponer planes de recuperación para rebajar las multas[43].

De la resolución de la Superintendencia que imponga alguna sanción puede interponerse un **recurso de reposición** ante el mismo organismo, o un **recurso**

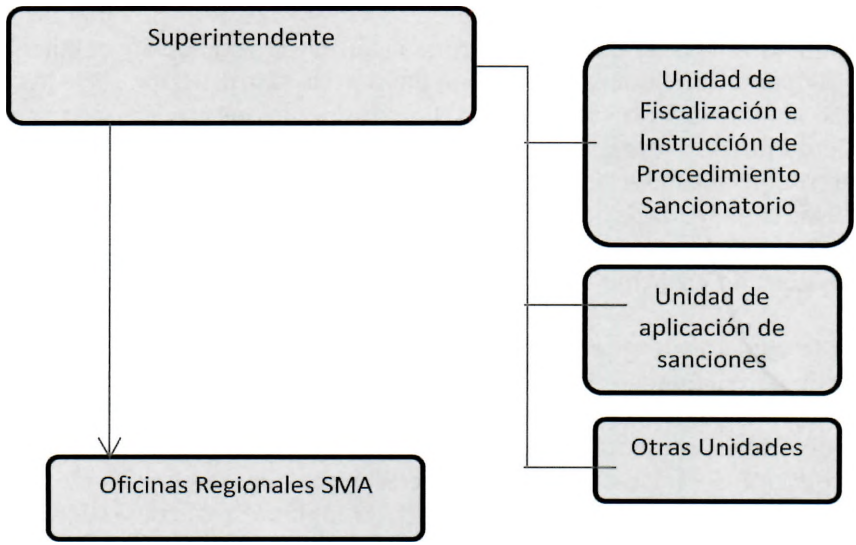
[41] Se faculta además a la Superintendencia para que antes y durante el procedimiento sancionador pueda ordenar medidas provisionales, tales como: a) medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño; b) sellado de aparatos o equipos; c) clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones; d) detención del funcionamiento de las instalaciones; e) suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental, cualquiera sea la naturaleza de esta, incluida la resolución de calificación ambiental; f) ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor. Artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.417.

[42] Artículo 7 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.417.

[43] Artículos 38 y siguientes de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.417.

de reclamación ante el Tribunal Ambiental. Las más graves deben ser siempre elevadas en consulta ante este Tribunal[44].

También se establece un **registro público de sanciones**, con el objeto de identificar al infractor, a los responsables de la operación y el monto de la sanción. Este registro será de acceso público y tiene importantes efectos en futuras sanciones.



La creación de la SMA y su regulación es quizás el aspecto más visible, junto con la creación del Ministerio, de la reforma introducida por la Ley N° 20.417. La reforma a la fiscalización ambiental era la más urgente, ya que desde un principio este aspecto de la acción ambiental pública mostró falencias y descoordinaciones. Con la nueva institucionalidad, la fiscalización ambiental tendrá un ente especializado y focalizado únicamente en realizar esta función.

En cuanto al procedimiento sancionatorio, gran avance es la regulación detallada en la ley de un procedimiento único por infracciones ambientales, y especialmente valioso que se reconozca expresamente el principio de *non bis in idem* en materia de sanciones ambientales, lo que evitará la posibilidad que antes existía de que un mismo hecho fuera fiscalizado y sancionado por dos organismos distintos.

[44] Artículos 55 y siguientes de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.417.

Además, el notorio aumento de las multas que esta entidad puede imponer por infracciones ambientales y las facultades de imponer medidas provisionales de protección, además de las sanciones ya establecidas en la ley, demuestra nuevamente la importancia que en el debate público tiene actualmente la protección del medio ambiente.

Ahora bien, como todo organismo público con amplios y discrecionales poderes, era necesario establecer controles a las facultades de la SMA para evitar excesos o arbitrariedades en su ejercicio, que puedan afectar derechos y actividades económicas. Parte de estos resguardos están en la regulación detallada del procedimiento sancionatorio, como la división de la instrucción de la fiscalización de la aplicación de sanciones, y las consideraciones que deben tomarse en cuenta por este organismo al aplicar la sanción[45]. Los otros resguardos se tomaron con el establecimiento de un control jurisdiccional externo y especializado, con la creación del Tribunal Ambiental.

7. Proyecto de creación del Tribunal Ambiental

Como se explicó anteriormente, dentro de la tramitación de la Ley N° 20.417 se suscribió un acuerdo entre los diversos sectores políticos para complementar la institucionalidad ambiental propuesta con un tribunal especial[46]. Esto surgió de las objeciones presentadas por diferentes sectores a las amplísimas facultades de inspección y sanción de la Superintendencia, que en el proyecto original tenían escaso control preventivo. Además, dadas las graves consecuencias que una sanción como la clausura o la revocación de la RCA puede tener en una empresa cualquiera, o alguna de las medidas provisionales como la detención del funcionamiento de las instalaciones, es que se introdujo este último órgano de carácter jurisdiccional que complementa la institucionalidad diseñada.

El proyecto fue ingresado el 28 de octubre de 2009 (N° Boletín 6747-12[47]) y actualmente se encuentra en trámite en el Senado.

Más que crear un mero órgano contralor de las facultades de fiscalización y sanción de la Superintendencia, finalmente se propuso crear un tribunal especializado que resuelva todos los conflictos o controversias jurídicas de carácter ambiental. El escenario de la institucionalidad creada en 1994 permitía

[45] El artículo 42 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, señala como circunstancias a considerar para la determinación de sanciones específicas, ente otras, las siguientes: a) la importancia del daño causado; b) el número de personas cuya salud puede verse afectada por la infracción; c) el beneficio económico obtenido por la infracción; d) la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; d) La conducta anterior del infractor; e) la capacidad económica del infractor.

[46] PROTOCOLO DE ACUERDO (2009).

[47] Disponible en www.bcn.cl / Tramitación de Proyectos.

(en realidad permite aún) a una serie de órganos pronunciarse, a través de diferentes recursos administrativos (recursos ante la CONAMA, dictámenes de la Contraloría General de la República) y jurisdiccionales (acciones y recursos ante juez de letras de la LBMA, recursos de protección, acciones de nulidad de derecho público), sobre las aprobaciones ambientales de proyectos, o sobre el incumplimiento de normas o procedimiento ambientales, lo que generaba incertidumbre y judicialización de las decisiones. Más de una vez se enfrentaron los criterios de interpretación de la Contraloría sobre normas o permisos ambientales con las autorizaciones dadas por la autoridad ambiental. Proyectos que perdían su RCA o permisos ambientales en tribunales terminaban siendo aprobados nuevamente por vía administrativa[48]. La falta de jurisprudencia especializada y coherente en esta materia es otra falencia del sistema que pretende solucionarse con esta última reforma a la institucionalidad ambiental.

El **Tribunal Ambiental** que se está discutiendo actualmente en el Congreso presenta las siguientes características:

- **Órgano jurisdiccional:** Es un tribunal especial e independiente, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

- **Especializado:** Es exclusivo para cuestiones ambientales, su función será resolver todas las controversias de carácter ambiental que le asigne la ley.

- **De integración mixta:** Se propone un tribunal integrado por tres abogados y dos profesionales de las ciencias y la economía; el abogado designado por el Presidente de la República lo preside, y es elegido dentro de una quina que debe preparar la Corte Suprema luego de un concurso de antecedentes. Los demás integrantes se eligen por el Presidente luego de concurso público a través del Sistema de Alta Dirección Pública. Tendrá dos ministros suplentes, uno de cada profesión.

- **Competencia:** El Tribunal sería competente para conocer en general de todas las controversias jurídicas que se den en materia ambiental, a saber: todo el contencioso administrativo ambiental, lo que comprendería reclamaciones tanto de actos administrativos de carácter general como normas de calidad ambiental, normas de emisión, planes de prevención o des-

[48] Un caso para ilustrar: la Central Termoeléctrica Campiche. Su RCA fue objetada por la Corte Suprema por la falta de cumplimiento de normas urbanísticas, específicamente por ubicarse el proyecto en una zona en que según el Plan Regulador Comunal no podían construirse instalaciones de ese tipo. La obra estaba en construcción y fue paralizada. Ante esto, la autoridad administrativa sólo veía como salida la modificación del Plan Regulador de la comuna para salvar la construcción del proyecto que había sido aprobado por la COREMA respectiva.

contaminación, o actos administrativos de Ministerios o servicios públicos que los ejecuten; actos de carácter particular del SEA y de la SMA, como aprobación o rechazo de RCAs, aplicación de sanciones, entre otros; y todo lo que tenga que ver con daño ambiental.

- **Control a facultades de la Superintendencia**: Además de la reclamación a petición de parte ante sanciones dictaminadas por la SMA, el Tribunal ejercería un control previo en algunas de las medidas provisionales más lesivas del procedimiento administrativo sancionador, o una consulta obligatoria ante la aplicación de sanciones de cierta entidad, e.g. paralización de funcionamiento, o cuando la sanción sea la revocación de la RCA o clausura de la empresa.

- **Estándar amplio de control y facultades de decisión:** Es un tribunal contencioso administrativo, pero con estándar de revisión judicial amplio, debiendo considerar aspectos ambientales tanto jurídicos como técnicos; sus sentencias deberán enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y técnicos de acuerdo a los cuales decide. Podrá dejar sin efecto o modificar los actos impugnados y ordenar la realización de determinadas actividades. En los casos por daño ambiental tendría competencia plena. En todos los casos, el Tribunal apreciaría la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y tendría facultades para ejecutar sus resoluciones.

- **Estándares de revisión para actos administrativos:** El proyecto de ley establece ciertos estándares al Tribunal para la revisión de actos administrativos: legalidad, razonabilidad, adecuación al procedimiento, e información técnica disponible.

- **Impugnación de sentencias:** Salvo para la sentencia definitiva, se contempla un recurso de reposición ante el mismo Tribunal. Para la sentencia definitiva, se propone un recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

IV. Desafíos de implementación

Analizadas las nuevas instituciones que se crean, corresponde revisar como se implementará y pondrá en marcha este nuevo diseño institucional, y los desafíos que esta implementación significa para las autoridades pertinentes.

1. Implementación y normas de transición

- Hay muchos reglamentos nuevos que deben dictarse y otros adecuarse a la nueva normativa.

- Las normas de fiscalización y sanción de la Superintendencia se encuentran en suspenso y entrarán en vigencia cuando entre en funcionamiento el Tribunal Ambiental. A su vez, si se aprueba, el Tribunal Ambiental debe entrar en funcionamiento dentro de seis meses de dictada la ley respectiva.

- Los procesos sancionatorios iniciados antes de la vigencia de Ley N° 20.417 se deben terminar conforme a sus normas originales.

- Se le otorgan facultades al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley con normas que fijen las plantas del Ministerio, el SEA y la Superintendencia, ordenar el traspaso de funcionarios y bienes, estructuración de plantas de personal, etc.[49] También debe conformar el primer presupuesto de estas instituciones y asignarles recursos. También debe efectuar el nombramiento transitorio de Superintendente del Medio Ambiente hasta que se realice el proceso de selección a través de la Alta Dirección Pública.

2. Desafíos

- Que cada una de las instituciones creadas logre la identificación de las competencias nuevas asignadas y otras que son ejercidas hoy por otros organismos o sectores, y se hagan cargo de ellas.

- Detectar los posibles conflictos entre organismos en la fase de instalación y resolverlos de manera integral.

- Efectuar los ajustes de procedimiento que establece la ley, especialmente en el SEIA.

- Que la Superintendencia logre implementar el nuevo modelo de fiscalización ambiental y aplique estrictamente el procedimiento y estándares para la aplicación de sanciones.

- Que el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad logre dar directrices claras para la coordinación de los servicios con competencia ambiental, vitales en el otorgamiento de permisos ambientales y en su posterior capacidad de fiscalización, dentro de la interacción que debe darse en este nuevo escenario.

[49] Dichos Decretos fueron ingresados a la Contraloría General de la República el 20 de mayo recién pasado. CONAMA (2010).

- Que el Ministerio del Medio Ambiente logre impulsar la definición de políticas y normas ambientales, y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad logre llegar a los acuerdos necesarios para aprobarlas.

- Completar la tramitación del proyecto de ley del Tribunal Ambiental e impulsar su establecimiento.

Bibliografía

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso) 285 pp.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl (1994): *Manual de Derecho Ambiental mexicano* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).

CORDERO VEGA, Luis:
– (1996): *Institucionalidad Ambiental en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 182 pp.
– (2006): "Las paradojas de la institucionalidad ambiental o cómo debemos diseñar nuestras instituciones", en *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile) pp. 335-347.
– (2008): "Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno", en *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental* (DURÁN M, Valentina; MONTENEGRO A., Sergio, y MORAGA S., Pilar (ed.) (Santiago, Centro de Derecho Ambiental - Legal Publishing) pp. 29-43.
– (2010): "Proyecto de ley que rediseña la institucionalidad ambiental", exposición en seminario *La nueva institucionalidad ambiental y sus desafíos,* realizado en Centro de Estudios Públicos, 7 de enero de 2010. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_961_inicio.html [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2010]

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2004): *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (2ª edición, Santiago Editorial Jurídica de Chile) 424 pp.

FERRADA NEHME - EQUIPO DE DERECHO PÚBLICO, GOBIERNO Y REGULACIÓN (2007): *Informe sobre Institucionalidad Ambiental, junio 2007.* Disponible en: http://www.conama.cl/especiales/1305/propertyvalue-14759.html [Fecha de consulta: 10 de mayo de2010]

LEIVA SALAZAR, Felipe (2010): "Modificaciones al SEIA en la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente: reflexiones e interrogantes", ponencia en Seminario: *Nueva Institucionalidad Ambiental,* organizado por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (en prensa).

SIERRA, Lucas (2008): "Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades", en *Estudios Públicos,* 111 (invierno 2008) (Centro de Estudios Públicos). Disponible en: www.cepchile.cl [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2010].

NORMAS

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial 9 de marzo de 1994.

Ley N° 20.173, que crea el cargo de Presidente de la CONAMA y le da rango de Ministro de Estado, Diario Oficial 15 de marzo de 2007.

Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial 26 de enero de 2010.

OTROS DOCUMENTOS

CONAMA (2010): "Ministerio del Medio Ambiente reingresó a Contraloría los Decretos que implementan la nueva institucionalidad" (20 de mayo de 2010) Disponible en: http://www.conama.cl/portal/1301/article-48304.html [Fecha de consulta 20 de mayo de 2010]

DIARIO FINANCIERO ONLINE (2009): "Nueva institucionalidad ambiental: tres cambios claves introdujeron los senadores", (27 de octubre de 2009). Disponible en: http://www.df.cl/portal2/content/df/ediciones/20091027/cont_124331.html [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2010]

MENSAJE PRESIDENCIAL N° 352-356 (2008). Disponible en: www.bcn.cl, en tramitación de Ley 20.417.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, OCDE (2005): *Enviromental Perfomance Review: Chile. Conclusiones y Recomendaciones.* Disponible en: http://www.oecd.org/dataoecd/63/43/34856254.pdf [Fecha de consulta: 19 de mayo de 2010]

PROTOCOLO DE ACUERDO DE PROYECTO DE LEY QUE CREA EL MINISTERIO Y LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (BOLETÍN N° 5.947-12) (2009): Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda/seminario_actualizacion/documentos.html [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2010]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) Rol 1554, 6 de enero de 2010.

Los hechos jurídicos* **

Bruno Caprile Biermann
Magíster, Universidad de París II, Francia
Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

Resumen: El presente trabajo ofrece un panorama general acerca del origen y estado actual de la categoría de hechos jurídicos en cuanto fuente de las obligaciones.

* * *

1. **Las fuentes de relaciones jurídicas o, si se quiere, de derechos subjetivos u obligaciones, suelen agruparse por la doctrina comparada en actos jurídicos por una parte y hechos jurídicos por la otra.** Dicha distinción no está difundida en la doctrina nacional, la que sigue razonando sobre la base de la división pentapartita de fuentes: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley. En este trabajo pretendemos analizar el origen de esa distinción entre "actos jurídicos" y "hechos jurídicos", para luego abordar el análisis de estos últimos, lo que nos conducirá a una visión panorámica de la responsabilidad civil y una somera mención a los cuasicontratos.

2. Es sabido que los hechos que acontecen en el mundo, sea que provengan de la naturaleza o del hombre, pueden o no generar consecuencias de derecho. **Los primeros se denominan *hechos simples o materiales* y los segundos *hechos jurídicos*.**[1]

   Los hechos jurídicos pueden a su vez provenir de la *naturaleza* o del *hombre*, en cuyo caso se les denomina *hechos voluntarios*. Entre los primeros podemos mencionar los que desencadenan la accesión por aluvión o avulsión[2]; el nacimiento, que genera el inicio de la personalidad jurídica;

* Agradezco a Fabricio Mantilla Espinosa, profesor de la U. del Rosario, Bogotá, Colombia, por su valiosa orientación en la revisión de este trabajo.

** Las citas de artículos sin referencia específica se entienden al Código Civil chileno.
Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

[1] Se trata de una afirmación uniforme en la doctrina chilena. "Los hechos que en el mundo se generan y tienen su origen en la naturaleza o en la acción del hombre, pueden o no producir consecuencias jurídicas: en el primer caso, reciben el nombre de hechos jurídicos; y en el segundo de hechos simples o materiales" ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nacimiento, Santiago, 2ª ed., 1945, T. I, p. 367; "*El hecho jurídico* es, entonces, un hecho que produce consecuencias jurídicas, un hecho que tiene la virtud de desencadenar la aplicación de la regla objetiva, dando nacimiento a un derecho o situación subjetiva. Desde este punto de vista, los hechos jurídicos son fuente de situaciones y derechos subjetivos" DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 11.

[2] BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, ob. cit., T. I, Vol. 2, p. 571.

el transcurso del tiempo, fundamental para la prescripción; la muerte, que desencadena el término de la personalidad jurídica, la extinción de ciertos contratos en que la consideración de la persona es fundamental (v. gr. el mandato, el contrato de trabajo, etc.), la disolución del matrimonio y el término del régimen matrimonial, la transmisión del patrimonio del causante a sus herederos.

Por su parte, los hechos jurídicos voluntarios pueden ser realizados *con o sin la intención de producir efectos jurídicos.* A los primeros se les denomina *actos jurídicos* y, tal como lo anunciamos, han sido tratados en la sección precedente por el Dr. CÁRDENAS.[3] Nótese que en los segundos, esto es, en los hechos realizados sin la intención de producir efectos jurídicos, el autor quiere el acto (es voluntario), mas no sus consecuencias o efectos jurídicos. Así, por ejemplo, quien comete un homicidio desea la muerte del ofendido, mas no los efectos de derecho que ello desencadena, v. gr., en el ámbito civil, la obligación de indemnizar a las víctimas indirectas o por rebote.

3. **De acuerdo con lo expuesto precedentemente, el *acto jurídico* sería una especie dentro del género *hecho jurídico*. ¿Cuáles son, entonces, las fuentes de derechos subjetivos que quedan comprendidas en la expresión "hechos jurídicos"?** Para responder a esta interrogante, en la primera parte de este trabajo veremos que la doctrina contemporánea ha generado una distinción que opone el acto jurídico al hecho jurídico. En ese criterio, el hecho jurídico es una figura residual que comprende todas las fuentes de obligaciones que no pueden ser calificadas de acto jurídico. En concreto, bajo el epígrafe "hecho jurídico" analizaremos el delito y el cuasidelito civil y los cuasicontratos. Luego, en la segunda parte, abordaremos el análisis de la responsabilidad civil y de los cuasicontratos.

4. Debemos prevenir que este trabajo tiene por objeto dar una visión general de los *hechos jurídicos* en cuanto fuente de las obligaciones, de modo que el estudio debe tener una profundidad acorde a ese objetivo.

[3] Debe tenerse presente que parte de la doctrina denomina "negocio jurídico" al que en la sistematización expuesta en el cuerpo central de este trabajo se denomina "acto jurídico". Así, se afirma que: "los hechos jurídicos en sentido amplio se dividen en: *a) hechos jurídicos (en sentido estricto)*, caracterizados por la mera "fenomicidad (en el sentido de que para el derecho tiene relevancia exclusivamente el evento no humano como tal, o prescinde de si a la ocurrencia del hecho contribuyó o no el hombre); *b) actos jurídicos (en sentido estricto)*, caracterizados por la voluntariedad (en el sentido de que para el derecho es relevante, a más del evento –comportamiento del hombre– el hecho de que él sea voluntario); *c) negocios jurídicos*, caracterizados por el propósito (en el sentido que para el derecho es relevante, a más del evento y la voluntariedad del comportamiento, el fin práctico que el sujeto pretende)" BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, ob. cit., T. I, Vol. 2, p. 572.

I. El análisis sistemático: La agrupación o clasificación de las fuentes de las obligaciones

5. La agrupación o clasificación de las fuentes de las obligaciones ha experimentado una notable evolución en la historia del pensamiento jurídico. En un primer momento abordaremos la evolución que culminó en la clasificación pentapartita (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley) del Código de Napoleón y del Código de Bello (A) para luego abordar la división binaria en actos y hechos jurídicos que se ha impuesto en la doctrina gala y afines e incluso en el anteproyecto de reforma del Código Civil Francés, conocido como Anteproyecto Catala (B).

A. La Clasificación Pentapartita del Código de Bello

6. **Es ampliamente difundido que GAYO distinguió dos fuentes de las obligaciones: el contrato y el delito**; los primeros eran actos lícitos, en tanto que los segundos ilícitos. Surgió entonces la dificultad de catalogar ciertos actos que no podían ser calificados de contratos, pues en ellos no había un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos y tampoco constituían propiamente un delito, por no figurar en la enumeración taxativa de los delitos. "Los jurisconsultos romanos no atribuían nombre a estas fuentes de obligaciones; decían que esas obligaciones nacían *ex variis causarum figuris*, es decir de actos, hechos variados, que no constituían ni contrato ni delitos. En cuanto a las obligaciones que de ellos derivaban, se les trataba tanto como si ellas hubieran nacido de un contrato, cuanto como si hubieran nacido de un delito, según que el hecho del cual procedieran fuera o no lícito. Se decía que esas obligaciones nacían *quasi ex contractu o quasi ex delicto*".[4]

De esa forma se derivó al enunciado de fuentes de las Institutas de Justiniano: el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.

7. **Se suele atribuir a POTHIER la agregación de la ley como fuente de las obligaciones**, con lo que se habría completado la clasificación pentapartita que hoy conocemos como tradicional. [5]

8. El Código Civil francés recogió esa división pentapartita. Sin embargo, es importante subrayar desde ya la estructura del Code y también el tenor de sus disposiciones atingentes, ya que, como veremos más adelante, fue-

[4] TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 6ª ed., 1996, N° 14, p. 19. En el Digesto 44.7.1 se lee "Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris": Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas (traducción libre).

[5] POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., N° 123, p. 74.

ron precisamente esa estructura y articulado los que permitieron después formular la división binaria que hoy prima en la doctrina gala. Es más, la estructura y el tenor de las disposiciones del Code sirvieron de modelo al Código de Bello, lo que invita también a reflexionar acerca de la aplicación de esa división binaria de fuentes en los países en que rige éste.

El Libro III del Code, "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", comprende el Título III "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general", cuyo Capítulo I, "Disposiciones preliminares", se inicia con el artículo 1101, que define el contrato. El esquema es el siguiente:

Libro III *"De los diferentes modos de adquirir la propiedad"*
Título III *"De los contratos o de las obligaciones convencionales en general"*
Capítulo I *"Disposiciones preliminares"*
Artículo 1101: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo".[6]

El Título IV del mismo Libro III lleva el epígrafe "De las obligaciones que se contraen sin convención", que se inicia con el artículo 1370 y comprende a continuación dos capítulos: el primero, "De los cuasicontratos", y el segundo, "De los delitos y de los cuasidelitos". El artículo 1370 es la única disposición genérica del referido Título IV, anterior al articulado especial de los capítulos primero y segundo. El esquema es el siguiente:

Libro III *"De los diferentes modos de adquirir la propiedad"*
Título IV *"De las obligaciones que se contraen sin convención"*
Artículo 1370: "Ciertas obligaciones se forman sin que intervenga ninguna convención, ni por parte de aquel que se obliga, ni por parte de aquel hacia el cual está obligado. [2] Unas resultan de la sola autoridad de la ley; las otras nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado. [3] Las primeras son las obligaciones adquiridas involuntariamente, tales como las adquiridas entre propietarios vecinos, o las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que les ha sido encomendada. [4] Las obligaciones que nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos; constituyen la materia del presente título. [7]

[6] *"Article 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose."*

[7] *"Article 1370: Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. [2] Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. [3] Les premiers sont les enga-*

Capítulo I *"De los cuasicontratos"*
Capítulo II *"De los delitos y de los cuasidelitos"*

Recapitulando, si se relacionan ambas disposiciones transcritas, se completa el conjunto de fuentes: el contrato, a que alude el artículo 1101 y la ley, el cuasicontrato, el delito y cuasidelito, referidos en el artículo 1370 del Code.

9. **El Código de Bello siguió en esta materia muy de cerca a su modelo francés, tanto en la estructura como en el tenor de sus disposiciones,** como se verá más adelante.[8] Por ahora nos basta consignar que el artículo 2284 del CC chileno y el texto primitivo del art. 2302 del CC colombiano[9] están inspirados en el Code y que los artículos 1437 del CC chileno y 1494 del CC colombiano[10] recogieron esa división pentapartita. Conviene tener desde ya a la vista ambas reglas, sobre las cuales discurrirá el análisis posterior.

Artículo 2284: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.
Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.
Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.
En este título se trata solamente de los cuasicontratos."

Artículo 1437: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad".

gements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. [4] Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre."

[8] Cf. infra N° 14.

[9] El art. 2302 del CC colombiano fue sustituido mediante ley 57 de 1887: se eliminó el inciso final "En este título se trata solamente de los cuasicontratos" y en el inciso penúltimo agregó después de "constituye un cuasidelito" la expresión "o culpa".

[10] El texto del art. 1494 es idéntico al del art. 1437 del CC chileno, salvo en la parte en que el primero dice "como en los delitos o cuasidelitos", el segundo dispone "como en los delitos".

10. **La doctrina tradicional ha recogido la división en cinco fuentes, la que se ha reflejado en la estructura de sus obras.**[11]

B. La División Binaria de Origen Doctrinario: Actos y Hechos Jurídicos

11. Ya hemos dicho que el Código francés, al igual que el Código de Bello, recogió la clasificación pentapartita de fuentes. Sin embargo, la doctrina francesa, en base a los textos, construyó la distinción entre acto y hecho jurídico. En las líneas que siguen explicaremos los fundamentos de dicha distinción para luego interrogarnos si es aplicable en los países regidos por el Código de Bello y su utilidad.

12. **La doctrina francesa contemporánea, en forma prácticamente unánime, divide las fuentes de las obligaciones en actos y hechos jurídicos.**[12] **Se afirma que dicha distinción tiene apego en los textos**, puesto que el Code, por la filosofía imperante en la época, distinguió claramente la fuente contractual de las demás, destinándoles dos títulos diferentes del Libro III, a saber, el Título III *"De los contratos o de las obligaciones convencionales en general"* y el Título IV *"De las obligaciones que se contraen sin convención"*, en el cual se regulan a su vez, en capítulos sucesivos, los cuasicontratos y los delitos y cuasidelitos. **En otras palabras, la doctrina gala, fundada en los epígrafes transcritos, ha entendido que las fuentes serían el contrato y, por otra parte, las fuentes que se contraen sin convención, esto es, los hechos jurídicos, entre los cuales comprenden el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.**

Nótese que los autores franceses han procedido también a una generalización de las reglas de los contratos a toda manifestación de voluntad realizada con la intención de producir efectos jurídicos, esto es, al acto jurídico. Es sabido que, para la doctrina de raigambre francesa, el acto jurídico es el género y el contrato no es más que una especie de acto jurídico bilateral, caracterizado por ser creador de obligaciones. Se discute si el acto unilateral o, si se quiere, la manifestación unilateral de voluntad, puede ser fuente de obligaciones.[13]

Debemos subrayar también que el Código francés reguló, a propósito del contrato, por considerarlo la principal fuente de obligaciones, lo

[11] En Chile, a título ilustrativo, se observa esa estructura en las obras de Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA (*Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Fuentes de las obligaciones*, Editorial Nascimiento, Santiago, 1942), Ramón MEZA BARROS (*Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las obligaciones*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed., 1987).

[12] A título ilustrativo, Cf. CARBONNIER, Jean, ob. cit., N° 11, pp. 36 y s.; LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, T. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 3ª ed., 1998, N°s 531 y s., pp. 334 y s.; FLOUR y AUBERT, *L'acte juridique*, N°s 51 y s.; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, ob. cit., N° 15, p. 2.

[13] Cf. infra N° 20.

relativo a los efectos y la extinción de éstas, materias que, en rigor, son comunes a todas las obligaciones, independiente de su fuente. Así, por ejemplo, la obligación de reparar un cuasidelito se extingue por el pago, al igual que las obligaciones contractuales y legales.

13. **Esa distinción entre actos y hechos jurídicos se refleja claramente en la estructura de los tratados sobre obligaciones de origen francés**. Así, es común que ellos contemplen, en capítulos o incluso en tomos sucesivos, el análisis del contrato (en el cual se analizan en detalle sus requisitos de existencia y de validez, sus efectos y la nulidad); del hecho jurídico (la responsabilidad civil y los cuasicontratos) y, finalmente, el régimen común a las obligaciones, cualquiera sea su fuente, tales como los modos de extinguir y la transferencia de las obligaciones.[14] Esa estructura no ha sido replicada en nuestro medio, ni en las obras doctrinarias ni en los programas de los cursos de Derecho Civil.

14. **Esa misma distinción ha sido recogida por dos importantes iniciativas de modificación del Derecho de los Contratos en Francia, lo que revela el consenso que sobre esta materia existe en la doctrina gala.**

El primero es el Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, conocido como Anteproyecto Catala,[15] que contempla un capítulo preliminar del Título III, *"De la fuente de las obligaciones"*, que se inicia con el art. 1101, regla que reemplaza el actual art. 1370 del Code, y prescribe: "Las obligaciones nacen de actos o de hechos jurídicos. [2] Algunas obligaciones nacen igualmente de la sola disposición de la ley, como las obligaciones de vecindad y las cargas públicas, y de ellas se tratará en las materias que las conciernen".[16] El artículo 1101-1 propuesto define los actos jurídicos como "actos de voluntad destinados a producir efectos jurídicos" y sus categorías, entre las cuales se cuenta el acto jurídico unilateral y la convención, según si se trata de la manifestación de voluntad de una o más partes. Por su parte, el artículo 1101-2 prescribe que "Los hechos jurídicos son comportamientos o acontecimientos a los que la ley asigna efectos jurídicos", entre los cuales se cuentan los cuasicontratos, definidos como "el hecho que le procura un provecho a una persona que

[14] Así, a título ilustrativo, FLOUR, AUBERT y SAVAUX dividen el análisis de Las obligaciones en tres Tomos: 1. *L'acte juridique*; 2. *Le fait juridique* y 3. *Le rapport d'obligation*. Por su parte, STARCK, ROLAND y BOYER, dividen el análisis de las obligaciones en tres tomos: 1. *Responsabilité délictuelle*; 2. *Contrat* y 3. *Régime general*.

[15] Cf. *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, ob. cit., pp. 345 a 347 y 461.

[16] *"Article 1101: Les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques. [2] Certaines obligations naissent également de l'autorité seule de la loi, comme les obligations de voisinage et les charges publiques, dont il est traité dans les matières qui les concernent"*.

no tiene derecho a él" y la responsabilidad civil, concepto bajo el cual se unifica el tratamiento del delito y del cuasidelito civil.

El Proyecto de reforma del Derecho de los Contratos en Francia, presentado por la Chancellerie en julio de 2008, apunta en el mismo sentido. En efecto, el Título III, "Las obligaciones", se inicia con un capítulo preliminar, "La fuente de las obligaciones", cuyo artículo 1° prescribe: "Las obligaciones nacen de actos, de hechos jurídicos o incluso de la sola disposición de la ley". El artículo 2 inc. 1 del proyecto prescribe que "Los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos de derecho. Pueden ser convencionales o unilaterales". El artículo 3 reproduce el art. 1101-2 del Anteproyecto Catala.

15. **En este estado del desarrollo, conviene interrogarse si la división binaria de la doctrina gala puede aplicarse en los países regidos por el Código de Bello y cuál sería el interés que pudiera tener esa transposición.**

16. **Para responder a la interrogante que hemos planteado, es imperativo el análisis de la evolución de los proyectos de Código Civil**, de los cuales resulta patente que, en un principio, sus disposiciones en esta materia no eran sino una mera traducción de las reglas del Code, pero que, con posterioridad, a partir del Proyecto de 1853, se produjo un punto de inflexión no sólo en cuanto a las fuentes de las obligaciones, sino también en cuanto a la noción de contrato.

En efecto, en el Proyecto 1846-1847 se contemplaba un Libro intitulado *"De los contratos y obligaciones convencionales"*, cuyo título XXXIX, *"De las obligaciones que se contraen sin convención"*, se iniciaba con el entonces art. 653, cuya redacción es prácticamente idéntica a la del actual artículo 2284 CC chileno y a la del art. 2302 CC colombiano primitivo (anterior a la modificación introducida por ley 57 de 1887).[17] Dicho título XXXIX se dividía en dos párrafos, el §1° "De los cuasicontratos" y el §2° *"De los delitos y cuasidelitos"*. Observamos que tanto la estructura, como los epígrafes de los títulos y párrafos y la redacción del entonces artículo 653 no eran sino una traducción del Código francés.[18] En el mismo Proyecto de 1846-1847, el Libro destinado a los contratos comenzaba con la definición de contrato (art. 1), que no era sino una traducción de la regla del art. 1101

[17] Las diferencias de redacción se limitan a que en el inciso 1° omitía la palabra "voluntario" y terminaba con la siguiente frase "ella. Las que nacen de un hecho, son la materia de este título". En el inciso 2° no decía "de que nacen" y en el inciso 3° se leía "ilícito" en vez de culpable".

[18] Cf. supra N° 8.

del Code.[19] No existía, en ese entonces, una regla equivalente al actual art. 1437 CC chileno y 1494 CC colombiano.

En el Proyecto de 1853 se produjo un punto de inflexión, toda vez que se altera la estructura, apartándose de su modelo francés. En efecto, los cuasicontratos y los delitos y cuasidelitos dejan de estar regulados conjuntamente en un mismo título bajo el epígrafe *"De las obligaciones que se contraen sin convención"* y se les asignan títulos diversos, con lo que desaparece también el epígrafe trascrito, que es el que ha permitido la construcción binaria de fuentes a la doctrina gala. En el Proyecto de 1853 se contempla el Título XXXIX, "De los cuasicontratos", que se inicia con el art. 2436, precedente del actual 2284, y luego el Título XXXV, "De los delitos y cuasidelitos", estructura que se conservó en el texto aprobado. La redacción del art. 2436 era idéntica a la del actual art. 2284 CC chileno, pero en su inciso 1° no contenía la voz "voluntario".

En el Proyecto Inédito el redactor recibió la influencia de Savigny[20] y, consecuencialmente, una suerte de aproximación a la fuente de la posterior tradición germánica del negocio jurídico. En esta etapa de la evolución, se mantienen los Títulos XXXIV y XXXV, destinados a los cuasicontratos y al delito y cuasidelito, y también se conserva el art. 2436, que tiene ya la redacción definitiva del actual artículo 2284. Sin embargo, las modificaciones al sistema de fuentes se sienten en el epígrafe del Libro IV: se sustituye *"De los contratos y obligaciones convencionales"* del Proyecto de 1853 por *"De las obligaciones en general y de los contratos"*. También se incorpora el artículo 1615, precedente del actual artículo 1437, pero con

[19] El art. 1 del Libro de los contratos y obligaciones convencionales del Proyecto 1846-1847 prescribía: "Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

[20] Está documentado que BELLO tuvo acceso al *Systhem des heutigen römischen Rechts*, probablemente en la traducción francesa de Guenoux como *"Traité de droit Romain"* (París 1840-1851). Cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la Fijación del Derecho civil en Chile durante la republica (II)*, ob. cit., p. 128. Esta influencia, si bien no se concretó en el sistema de fuentes, no puede ser soslayada, particularmente en la terminología del Título II *"De los actos y declaraciones de voluntad"* del Libro IV. GUZMÁN BRITO ha afirmado que: "Todo esto demuestra una influencia general de Savigny sobre BELLO. Pero nosotros no podríamos dejar de pensar (i) que la terminología injertada en el Proyecto Inédito, de *"actos i declaraciones voluntarios"* y en el Código Civil chileno, de "actos i declaraciones de voluntad", similar a aquella planteada por Savigny en su Systhem, y con la cual se introdujo en la arquitectura de la parte general, una noción –la de voluntad– hasta entonces extraña; (ii) que la idea de extender a todos los actos y declaraciones de voluntad las reglas hasta entonces solo formuladas para los contratos, del mismo modo como lo sugiere el jurista alemán; y (iii) que la identificación entre contrato y convención y la inclusión de ambos en el más amplio género de los actos, también planteada por el mismo Savigny; todo ello no haya sido tomado por BELLO precisamente del tudesco. Como en otros aspectos de la codificación, Savigny debió de haber influido también en esta parte". En seguida agrega: "El mismo historicismo que BELLO había aprendido de Savigny le habría hecho desandar los pasos dados en el Proyecto Inédito, en aras de la realidad a la cual el código se destinaba, tan alejada del abstracto esquema alemán".

la siguiente redacción: "Las obligaciones nacen o de la ley, o de actos y declaraciones voluntarios del hombre, como el testamento, la donación, un contrato, la aceptación de una herencia o legado".

Finalmente, en el **Proyecto Definitivo**, "la norma inicial –del art. 1615 del Proyecto Inédito– toma una forma distinta, acogiendo la tesis romana de las fuentes de las obligaciones".[21] Se incorpora el texto del artículo 1437 del CC chileno, tal como le conocemos hasta hoy en día y que fuera trascrito más arriba.[22]

17. **De la evolución reseñada se infiere que, hasta el proyecto de 1846-1847, el Código de Bello seguía fielmente su modelo francés, tanto en la estructura como en el tenor de las disposiciones, pero que luego sufrió modificaciones: ¿importan éstas un cambio de criterio que nos impida acoger en nuestro medio la distinción gala de las fuentes de relaciones obligatorias entre actos y hechos jurídicos que ha adoptado la obra colectiva en que escribimos?**

Pensamos que el tenor del artículo 2284 permite aplicar en nuestro medio tal agrupación de fuentes, al disponer que "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes". **De acuerdo a esa disposición, las fuentes de las obligaciones serían por una parte la convención, expresión que el Código hace sinónima de contrato (arts. 1438 y 1437) y, en seguida, las fuentes no convencionales, entre las cuales se contarían la ley y el "hecho voluntario", expresión esta última que comprendería a su vez el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.**[23]

---

[21] CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, ob. cit., p. 141.

[22] Cf. supra N° 9.

[23] ABELIUK manifiesta adherir a la doctrina que reconoce tres categorías de fuentes: las fuentes voluntarias, esto es, aquellas en que el deudor consiente en obligarse (contrato y declaración unilateral de voluntad, si es que se la admite como fuente); las fuentes no voluntarias (delito, cuasidelito y cuasicontrato); y aquellas en que para nada participa el deudor, pues nacen de la sola ley Cf. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, ob. cit., N° 38, p. 70. Más recientemente, CARVAJAL afirma que "resulta claro que nuestro Código Civil, siguiendo el francés, utiliza el concepto de *"convención"* como criterio de clasificación de las distintas fuentes de las obligaciones, por un lado se encuentra el *"contrato"* designado a estos efectos como *"convención"*; y del otro, las fuentes distintas al contrato: los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley, todas ellas designadas, en perfecta correlación, como fuentes *"no convencionales"* (CARVAJAL R., Patricio Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. "Contrato" y "convención" como sinónimos en materia de fuente de obligaciones*, ob. cit., p. 299). BARCIA afirma que: "Entonces, el artículo 2284 del CC diferencia claramente entre las obligaciones contractuales y no contractuales, entendiendo que este último grupo comprende no sólo al delito y cuasidelito civil, sino también a las obligaciones legales y cuasicontractuales" Cf. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, ob. cit., N° 3, pp. 11 y 12.

En cuanto a la expresión "hecho voluntario" del Código de Bello, vimos que el redactor, en los primeros proyectos, no incluyó el adjetivo "voluntario". Sin embargo, esa voz guarda plena armonía con el art. 1370 del Code, que, tal como vimos más arriba, empleaba la expresión *"fait personnel"* y, más adelante, consignaba que las obligaciones que nacen de la ley *"sont les engagements formés involontairement"*. En definitiva, BELLO reemplazó "hecho personal" por "hecho voluntario", lo que guardaba armonía con la contraposición con las fuentes legales, que se forman "involuntariamente".

El artículo 1437 permite la misma agrupación, pues distingue claramente entre las obligaciones que nacen del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, y, por otra parte, las que surgen de hechos, sean éstos el "hecho voluntario", como en los cuasicontratos, o el "hecho que ha inferido injuria o daño", como en el delito o cuasidelito. **Advirtamos desde ya que en el artículo 1437 la fuente parece ser el "hecho voluntario de la persona que se obliga", que luego se ejemplificaría ("como"), señalando "la aceptación de una herencia o legado", típico acto unilateral, y "los cuasicontratos", cuestión sobre la cual volveremos más adelante**, cuando veamos que esta categorización tiene la bondad de permitir la expansión del catálogo de fuentes a otras no contempladas, al menos expresamente, como la declaración unilateral de voluntad o el enriquecimiento sin causa.[24]

18. **Ahora bien, de acuerdo a las explicaciones precedentes, las obligaciones no convencionales estarían conformadas por dos grupos: las de origen legal y los hechos.** Esta división ha sido criticada, toda vez que si los hechos (léase cuasicontratos, delitos y cuasidelitos) obligan es porque la ley así lo dispone. **En ese contexto, las únicas fuentes de las obligaciones serían entonces el contrato y la ley.[25] Extremando las cosas, puede sostenerse también que si el contrato obliga es porque la ley así lo dispone** y, en esa línea argumental, se habría logrado una unidad conceptual, tan coherente como inútil. **La doctrina gala en general le ha restado utilidad conceptual a las obligaciones legales, lo que justifica su omisión en la categorización en actos y hechos jurídicos.[26]**

[24] Cf. infra N°s 20 y 23.

[25] PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit civil*, L.G.D.J., París, 8ª ed., 1921, T II, N° 807, p. 254; Id., Rev. Crit. 1904, pp. 224 y s.

[26] "Al parecer, la categoría denominada "ley 2" no tiene ni criterios definitorios positivos, ni un régimen jurídico aplicable. Es una especie de categoría residual: allí se clasifican todas las normas de *ley 1* que no pueden agruparse en las demás categorías. Pero, ¿qué utilidad tiene esto?" ... "Personalmente, creo que la categoría *ley*, de la tradicional clasificación de las *fuentes de las obligaciones* del artículo 1494 del Código Civil, no sólo es innecesaria, sino que, además, podría dar lugar a confusiones" (MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La ley como fuente de las obligaciones*, inédito). FLOUR y AUBERT enseñan que las

19. **Para completar el panorama, conviene recordar que BELLO incorporó al Código una definición de derecho personal o crédito (arts. 578 CC chileno y 666 CC colombiano), ausente en el Code, regla que permite una categorización diferente de las fuentes de las obligaciones: el "hecho suyo" –del deudor– y "la sola disposición de la ley"**. Esta sistematización no aporta mucho, máxime cuando en la expresión "hecho suyo" se comprenderían no sólo aquellos realizados con la intención de producir efectos jurídicos (el contrato), sino también los ejecutados sin tal propósito (cuasicontrato, delito y cuasidelito).[27]

20. **El acto unilateral y la declaración unilateral de voluntad plantean dificultades para la sistematización de las fuentes en actos y hechos jurídicos**. No cabe duda que el acto jurídico unilateral genera efectos jurídicos; así ocurre, por ejemplo, con el testamento, el reconocimiento de un hijo; la renuncia de derechos. Dado su carácter voluntario, la doctrina gala los considera dentro de la categoría de actos jurídicos y les extiende la aplicación de las reglas de los contratos, las que ha generalizado no sólo a los actos jurídicos unilaterales, sino también a los actos jurídicos bilaterales no contractuales, es decir a las convenciones que no crean obligaciones. Sin embargo, **si el acto unilateral genera consecuencias de derecho es porque la ley así lo dispone, de tal suerte que estamos frente a un acto que genera efectos jurídicos por la sola disposición de la ley y al cual, no obstante, le aplicamos, vía generalización, el estatuto de las fuentes convencionales**. Lo anterior se explica pues la noción de acto jurídico corresponde, en definitiva, a la adaptación a la tradición francesa de la concepción germana del negocio jurídico.[28]

Ahora bien, la declaración unilateral de voluntad es, sin lugar a dudas, un acto jurídico unilateral. Aquí se trata de determinar si esa voluntad unilateral, si el acto unilateral, es apto para crear obligaciones. La

obligaciones que resultan de la sola autoridad de la ley son "una *categoría residual*, que comprende todo lo que no puede figurar en otro lugar, y que no ofrece, por ende, ninguna utilidad. Es por eso que es común no integrar el estudio de las obligaciones legales a aquel de la teoría general de las obligaciones: se las trata con cada una de las instituciones a propósito de las cuales ellas son establecidas (obligaciones entre vecinos a propósito de la propiedad; obligaciones alimenticias a propósito de la familia ...)" Cf. FLOUR y AUBERT, *L'acte juridique*, ob. cit., N° 53, p. 31.

[27] Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, ob. cit., p. 101; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, ob. cit., N° 36, p. 69.

[28] "...lo cierto es que ya avanzado el siglo XX, la doctrina pandectista del negocio jurídico hará sentir su peso en la dogmática francesa. Aparece entonces como categoría que engloba conjuntamente a los contratos, a las convenciones no contractuales y a las declaraciones unilaterales: la del *"acte juridique"*. Lo encontramos así en la obra de los Mazeaud, los que distinguirán tres conceptos: el acto jurídico, la convención y el contrato" CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, ob. cit., p.146. El mismo autor afirma que "No obstante, la construcción de raíz germánica de un concepto unitario omniabarcante de las actuaciones jurídicas privadas, es hasta hoy resistida" y cita en apoyo a CARBONNIER y GHESTIN (ibídem, p. 146).

discusión en doctrina ha sido ardua y no nos corresponde tratarla aquí.[29] Sólo observaremos que se ha afirmado que, en el código de BELLO, el art. 1437 ("hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado") y el art. 578 ("hecho suyo") son lo suficientemente amplios como para aceptarla y que, de admitirse como fuente, sería un acto jurídico y, por lo mismo, su análisis correspondería con aquellos.

21. **Hasta ahora hemos sido recurrentes en citar al contrato como fuente de las obligaciones, pero es legítimo interrogarse qué es el contrato. Llama poderosamente la atención que todos los sistemas jurídicos citan al contrato entre las fuentes fundamentales de las relaciones obligatorias, mas la noción que se tiene de él difiere sustancialmente.**

En la tradición francesa, seguida como dogma de fe por la civilística tradicional en Chile, el contrato es la convención generadora de derechos; en otras palabras, el acto jurídico bilateral o convención puede tener por objeto crear, modificar o extinguir derechos y sólo cuando los crea puede ser calificado como auténtico contrato. En esa escuela, todo contrato es una convención, mas no ocurre así a la inversa. Son convenciones, mas no contrato, el pago, la tradición, etc.

En cambio, en otras latitudes, la voz "contrato" se usa como sinónimo de "convención" y, por lo mismo, es auténtico contrato tanto el acto jurídico bilateral que crea como el que modifica o extingue derechos. Así, el art. 1173 del CC Italiano[30] enuncia las fuentes de las obligaciones y cita en primer término al contrato, pero la noción de éste es la que consagra el art. 1321, que prescribe que: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos un vínculo jurídico patrimonial".[31]

---

[29] Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, ob. cit., p. 130; del mismo autor, *La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones*, RDJ 1999.I.91. El Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, conocido como Anteproyecto Catala, no erigió la voluntad unilateral como fuente general de obligaciones, sino que sólo puede prosperar en los casos específicos en los que la ley lo establece o (he aquí una innovación) de los usos (art. 1101-1, inc. 2). Cf. *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, ob. cit., p. 346.

[30] *Art. 1173 Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.*

[31] *"Art. 1321. Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"*. La doctrina italiana así lo entiende. A título ilustrativo, BIANCA afirma: "La noción normativa de contrato corresponde a aquella ya presente en el Código Civil de 1865 (art. 1098). Dicha definición, valga anotarlo, superaba la fórmula del código francés, que consideraba al contrato como fuente de efectos obligatorios (art. 1101). En realidad, como lo veremos (N° 238), el Código Napoleón reconoció también la eficacia traslativa del contrato, que así se colocó como fuente de efectos obligatorios y de efectos reales" (BIANCA, Massimo, *Derecho civil*, T. 3, *El contrato*, ob. cit., p. 25). Cf. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, ob. cit., T. I, Vol. 2, pp. 583 y s.

Allende los Andes, el art. 1137 del **Código Civil argentino** prescribe que "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos", regla que asimila convención y contrato, aun cuando parte de la doctrina restringe su alcance al acuerdo generador de obligaciones.[32]

En España, pese a que el texto de la ley recoge la tradición francesa, la doctrina ha evolucionado hacia una noción más amplia, acorde con la vigente en Italia.[33]

22. **Decíamos que, en Chile, la civilística tradicional sigue las enseñanzas de la doctrina francesa, distinguiendo claramente el género, la convención, de la especie, el contrato. En esa óptica, la sinonimia de ambas voces, consagrada nada menos en que en la definición misma de contrato, del art. 1438, y confirmada por el art. 1437, sería un error.[34] Es sólo en fecha reciente que los autores nacionales han abordado con mayor profundidad la noción de contrato en nuestro Código.**[35] En ese examen se ha subrayado la diferencia entre la definición de contrato que consagra el Code, cuyo art. 1101 prescribe que "El contrato es una convención por la cual una o muchas personas se obligan,

[32] ALTERINI enseña: "VELEZ SARSFIELD advirtió en la nota al artículo 1137 del Código Civil que "los jurisconsultos distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso común se llaman convenciones a los contratos". Y, guiado por el "uso común", el artículo 1137 del Código Civil quedó así redactado" ... "Pero, después de admitir en la nota citada que "FREITAS es más claro en la materia", no lo siguió, puesto que la definición de contrato que brinda el Código Civil es asimilable a la de convención jurídica". El mismo autor concluye: "Pensamos que el contrato a que alude el Libro II, Sección III del Código Civil es el *generador de obligaciones*" (ALTERINI, Atilio Aníbal, *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pp. 663-665). En contra, Cf. BORDA, Guillermo, *Manual de obligaciones*, LexisNexis, Bs. Aires, 12ª ed., 2006, N° 38, p. 36.

[33] El Código Civil español no define el contrato; sin embargo, el art. 1089 lo considera entre las fuentes de las obligaciones y el artículo 1091 consagra la fuerza de ley de las obligaciones surgidas de ellos. El art. 1254 del CC español prescribe que "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respeto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Sin embargo, la doctrina ha evolucionado, tal como lo ha demostrado, con abundante cita de fuentes, CORRAL TALCIANI (Cf. CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, ob. cit., p. 138, nota al pie N° 23). A título ilustrativo, DIEZ-PICAZO enseña que el contrato es "el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral. Es, por consiguiente, contrato todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., p. 123.

[34] Para una visión de la postura de los diversos autores, consúltese CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, ob. cit., pp. 144 y 145.

[35] CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, y CARVAJAL R., Patricio Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. "Contrato" y "convención" como sinónimos en materia de fuente de obligaciones*, ambos precitados. El estudio histórico había sido avanzado en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República,(VI). Sobre las fuentes del tít. 1° del lib. 4° del "Código Civil de Chile" y de sus proyectos*, ob. cit., pp. 11-32.

para con una o muchas otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa"[36] y la que consagra el art. 1438, según el cual "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas". En efecto, **mientras para el primero el contrato es una especie de convención, para el segundo son expresiones sinónimas, lo que confirma el art. 1437**, sinonimia de la cual no puede el intérprete apartarse, en razón de lo preceptuado en el art. 20. **El examen de los proyectos** demuestra que BELLO, hasta el proyecto de 1846-1847, se limitaba a traducir fielmente la definición del Code; la redacción cambió con el Proyecto de 1853 y se mantuvo en el Proyecto Inédito consagrándose en el texto aprobado, tal como la conocemos hoy. Se ha afirmado que **en este cambio se insinúa la influencia de Savigny** y su teoría del acto libre y de la declaración de voluntad, influencia que se plasmó también en la concepción de fuentes, como tuvimos ocasión de verlo.[37]

23. **¿Qué interés tiene la decisión que se adopte en cuanto a la sistematización de las fuentes de las obligaciones?** Desde luego, poner en perspectiva las categorizaciones de las fuentes de las obligaciones permite una adecuada comprensión del sistema y no olvidemos que en Derecho, al igual que en las ciencias básicas, no hay nada más práctico que una buena teoría.

En lo inmediato, la división en actos y hechos jurídicos tiene la virtud de facilitar, en primer término, la admisión de otras fuentes, no con-

[36] *"Article 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose."*

[37] Cf. supra N° 16, nota al pie N° 20.

CORRAL TALCIANI enseña que BELLO tomó la identificación de "contrato" y "convención" de DELVINCOURT; que fue la decisión de identificar ambos conceptos la que generó la necesidad de buscar otro vocablo para designar el género del contrato, el "acto", expresión en la que se ha querido ver también la anticipación de la teoría del acto jurídico; y que la recepción limitada de la terminología del negocio jurídico la imponía el estado de desarrollo de la obra, que estaba ya redactada en un título preliminar y cuatro libros, de modo que hubiera sido traumático alterar su sistematización para acoger plenamente la teoría del negocio jurídico, por lo que "BELLO optó por una solución moderada: retocar los preceptos de los actos que estaban bajo el marco de fuentes de obligaciones para otorgarse una amplitud mayor poniendo en paralelo a la noción de contrato el concepto de acto o declaración de voluntad" (CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, ob. cit., pp. 140, 141 y 134).

CARVAJAL, por su parte, concluye que "Según se puede apreciar, la utilización del término *"convención"* como sinónimo de *"contrato"* tiene una larga tradición enmarcada en el desarrollo del "principio del consensualismo". Nuestro Código, a semejanza del francés, hace uso de esta acepción como equivalente a *"contrato"* cuando se contrapone a las fuentes *"no convencionales"* de las obligaciones. Esto en nada enturbia el hecho de que *"convención"*, cuando se contrapone a *"contrato"*, también signifique, según una acepción más moderna que la anterior *"acto jurídico bilateral"*. Juzgar el contenido de los arts. 1437 y 1438 simplemente bajo la perspectiva de una doctrina desarrollada, especialmente en el ámbito de la legislación, con posterioridad, pareciera constituir un anacronismo" (CARVAJAL R., Patricio Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. "Contrato" y "convención" como sinónimos en materia de fuente de obligaciones*, ob. cit., p. 299).

templadas, al menos expresamente, en el Código. En efecto, la división pentapartita de las fuentes parece excluyente de otras que no puedan ser catalogadas de contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o ley. De hecho, la jurisprudencia chilena ha resuelto que la enumeración del art. 1437 es taxativa.[38] En cambio, las nociones de acto y hecho jurídico parecen poseer la ductilidad requerida para la admisión jurisprudencial de otras fuentes, tales como la declaración unilateral de voluntad o el enriquecimiento sin causa.

En seguida, contribuiría a resolver cuál es la responsabilidad de derecho común. El Código de Bello regula la responsabilidad derivada de la infracción de un contrato en el Título XII del Libro IV, "Del efecto de las obligaciones" (arts. 1545 y s.), y la derivada "De los delitos y cuasidelitos" en el Título XXXV (arts. 2314 y s.). Se plantea entonces el problema de determinar las reglas aplicables a la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones legales o cuasicontractuales. Así, cada vez son más frecuentes los casos en que se invoca la reparación de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones legales derivadas de las relaciones de familia[39] y surge entonces la necesidad de determinar las reglas que las rigen. En Chile, tradicionalmente se ha sostenido que la responsabilidad de derecho común es la contractual, aun cuando se observa una tendencia en la civilística contemporánea hacia la aplicación de las reglas de la extracontractual.[40] En ese contexto, la reunión de las obligaciones legales y cuasicontractuales con los delitos y cuasidelitos, bajo el paraguas de los hechos jurídicos, contribuiría a aproximarlas entre sí y, de esa forma, a aplicarles naturalmente a las primeras las reglas de la responsabilidad aquiliana.[41]

[38] Consúltense los fallos citados en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes Complementarias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. V, 3ª ed., 1997, art. 1437.

[39] La fuerza expansiva del derecho de daños alcanza incluso el ámbito de las relaciones de familia, planteándose interrogantes respecto al derecho a la reparación por el no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial, por incumplimiento de los deberes conyugales (fidelidad, respeto y ayuda mutua, socorro, etc.), por incumplimiento del régimen de visitas, etc. Cf. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, coordinador, *Daños en el derecho de familia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

[40] CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 41; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., N°s 850-854, pp. 1067-1071.

[41] Es interesante destacar que la unificación de los estatutos de responsabilidad (contractual y extracontractual) es una tendencia moderna en el derecho comparado (Ej., en la Unión Europea, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, de accidentes de la circulación, etc.). Esa unificación debilita la división de fuentes, toda vez que, para la doctrina tradicional, la responsabilidad contractual era concebida como un *efecto* del contrato (el que es, a su vez, la fuente obligacional), en tanto que tratándose de delitos y cuasidelitos, son éstos directamente la *fuente* de la obligación de reparar.

II. El análisis substantivo de los hechos jurídicos

24. De acuerdo a lo expuesto en el acápite precedente, los hechos jurídicos objeto de nuestro análisis son la responsabilidad civil extracontractual (delitos y cuasidelitos) y los cuasicontratos, los que analizaremos sucesivamente en los acápites que siguen.

A. La responsabilidad civil extracontractual

a) Presentación.

25. En una primera aproximación, la responsabilidad civil puede ser **definida como la obligación de reparar los daños que se causan a otro.**[42] **Materia de permanente actualidad y de enorme importancia teórica y sobre todo práctica**, la responsabilidad civil se ha convertido, sin lugar a dudas, en una de las divas del derecho civil moderno. La tinta fluye y los editores no tienen miedo de publicar abundante literatura, pues el tema vende; los cursos y seminarios tienen anticipadamente la asistencia asegurada y el foro está siempre ávido de información, pues existen abundantes y lucrativos contenciosos. Este estado de cosas responde a su vez a causas tan diversas como profundas, entre las cuales se cuentan incluso cambios en la forma de enfrentar la vida: el hombre moderno exige materializar su derecho a la reparación, en lugar de achacar a la fatalidad los avatares de la existencia y soportarlos con estoica resignación.

26. **Al momento de la dictación del Código, los delitos y cuasidelitos eran fuentes obligacionales de segundo orden frente a los contratos**. Para comprobarlo, basta constatar que su regulación se condensó en los veintiún artículos que comprende el Título XXXV del Libro IV (arts. 2314 a 2334), frente a la extensa regulación destinada a las convenciones. **Desde entonces, se ha producido un verdadero reequilibrio de las fuentes, toda vez que la responsabilidad extracontractual ha experimentado un enorme desarrollo por la vía jurisprudencial, avalada por un trabajo doctrinario incesante**. Hay que subrayar que esa evolución se ha producido, en lo esencial, al amparo de los mismos textos que regían en 1855 y, en consecuencia, para conocer el estado de la cuestión en un momento determinado no basta con consultar las fuentes legales, sino que cobra especial importancia conocer las decisiones de los tribunales, fenómeno que es también común en otras latitudes y que mueve a ser cauto al abordar el estudio del derecho comparado.

[42] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, por CHABAS, François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9ª ed., 1998, N° 374, p. 365; BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, ob. cit., N° 1, p. 1.

27. **Los problemas y las decisiones que se adoptan en esta disciplina tienen repercusiones importantes en la economía en general y en el ejercicio de ciertas actividades en particular**. El incremento sostenido de los litigios de responsabilidad y de los montos que los tribunales legítimamente ordenan pagar motivan a los agentes económicos a precaver el riesgo de una condena mediante la contratación de **seguros de responsabilidad civil**, los que en otras latitudes tienen incluso el carácter de obligatorios. **Este estado de cosas no sólo encarece ciertas actividades, sino también puede llegar a frenar el progreso en las áreas particularmente expuestas**, lo que ha obligado al legislador a configurar resguardos para el productor, tales como la eximente de responsabilidad conocida como el *riesgo de desarrollo*, que opera cuando "en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto" (artículo 7 letra e) de la directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos), eximente que ha sido invocada en daños causados por el asbesto, ciertos fármacos, etc.

    Las especificidades de ciertas áreas han dado lugar al surgimiento de **regímenes especiales de responsabilidad, que llegan a formar verdaderas disciplinas, con fuentes legislativas, criterios jurisprudenciales y aportes doctrinarios propios** (responsabilidad del Estado, por accidentes del trabajo, por daño al medio ambiente, por productos defectuosos, por vicios de la construcción, profesional, médica, etc.).

28. La natural conmiseración con las víctimas empuja a la jurisprudencia y la doctrina a ser particularmente creativas en la búsqueda de mecanismos que les permitan obtener satisfacción, a extender los perjuicios reparables y a morigerar las condiciones que la hacen procedente. Sin embargo, **hay que reconocer que la responsabilidad civil tiene límites** (por ej., la insolvencia de la víctima, la necesidad de un contencioso lento y costoso), **que han derivado en el surgimiento de mecanismos paralelos que procuran una socialización de los riesgos, asegurando a la víctima la obtención de una indemnización**. Surgen entonces los seguros obligatorios (en Chile, por citar algunos, el seguro obligatorio de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados)[43]; en otras latitudes se instituyen **fondos de garantía para el pago de indemniza-**

[43] Ley N° 16.744, de 1° de febrero de 1968 y Ley N° 18.490, de 4 de enero de 1986, respectivamente, y sus modificaciones posteriores. La Ley N° 18.490 estableció también un seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños a vehículos de terceros, cuya vigencia se postergó en diversas oportunidades, hasta que finalmente la Ley N° 19.050, de 22 de marzo de 1991, lo derogó. En consecuencia, en Chile no existe, hasta hoy, un seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños a vehículos de terceros.

ciones (v. gr., en Francia, el Fondo de indemnización de las víctimas de perjuicios resultantes de la contaminación post-transfusional por el virus de inmunodeficiencia humana; el Fondo de indemnización de las víctimas de actos de terrorismo y otras infracciones; el Fondo de garantía de las víctimas de accidentes de la circulación y de la caza). **Dichas soluciones, encomiables por cierto, pertenecen más bien a la seguridad social y, aun cuando coexistan muchas veces con la responsabilidad civil, no pueden ser confundidas con ésta.**[44] En efecto, mediante esos mecanismos se procura asegurar el pago de una indemnización a la víctima independientemente de la determinación de un responsable; es más, muchas veces los sistemas confluyen, por ejemplo, en el momento de la contribución a la deuda: el seguro o fondo paga la indemnización a la víctima y luego repite, ahora invocando las reglas de responsabilidad, contra el autor del hecho dañoso. **Se trata, en suma, de mecanismos técnicos distintos; no puede confundirse un sistema de *responsabilidad* con todo aquel que derive en el pago de una *indemnización*.**

b) Ámbito de nuestro estudio: la responsabilidad civil extracontractual.

29. **Nuestro estudio se limitará al análisis de la *responsabilidad* civil *extracontractual*. Queda, por tanto, excluida la responsabilidad penal,** cuya principal función es la de sancionar una conducta típica, en tanto que la responsabilidad civil persigue reparar cualquier acto dañoso. Desde luego, un mismo hecho puede ocasionar ambos tipos de responsabilidad y existen vasos comunicantes entre ellos, v. gr., la cosa juzgada que la sentencia dictada en una sede puede producir en la otra (arts. 178 y s. Código de Procedimiento Civil).

En Chile, la responsabilidad del Estado y de los órganos de la administración, si bien tiene fundamentos constitucionales y legales especiales (art. 38 inc. 2° CPE, arts. 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, art. 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; art. 174 inc. penúltimo de la Ley 18.290, Ley del Tránsito), su conocimiento y resolución corresponde a los

[44] El seguro puede coexistir con la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, el trabajador afectado por un accidente del trabajo puede obtener el pago del seguro y luego reclamar a su empleador, invocando las reglas de la responsabilidad civil, el pago de la indemnización de los daños no cubiertos por el seguro, inclusive el daño moral (art. 69 de la Ley 16.744, de 1° de febrero de 1968, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).
Por otra parte, no puede confundirse el seguro de accidentes con el seguro de responsabilidad civil. Así, el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados no opera como seguro de responsabilidad civil, ya que cubre las indemnizaciones, sin necesidad de procedimiento judicial y prescindiendo de la culpabilidad que pueda afectar al contratante del seguro obligatorio, quien también queda amparado por el seguro.

Tribunales Ordinarios de Justicia, a diferencia de lo que ocurre en Francia, donde son competencia de los tribunales contencioso administrativos.

30. **Tampoco forma parte de nuestro estudio la responsabilidad contractual.** Recuérdese que en la concepción tradicional sólo la responsabilidad extracontractual es fuente de las obligaciones, puesto que la responsabilidad contractual es un efecto del contrato.[45] La existencia de este régimen dual de responsabilidad obliga al actor a poner atención al régimen conforme al cual reclamará la reparación, puesto que **la jurisprudencia rechaza el cúmulo u opción**, de tal suerte que la interposición de la demanda por la vía errada está condenada al fracaso. Es por ello que, en las zonas fronterizas, la prudencia aconseja ejercer ambas acciones conjuntamente, una en subsidio de la otra.

Las dificultades que plantea la coexistencia de estos regímenes ha generado la unificación en ciertas áreas, al menos en el derecho comparado. Así, no parece sensato que, si un consumidor adquiere un producto alimenticio que luego lleva a su hogar y comparte con sus comensales, el primero deba accionar contra el proveedor en sede contractual y los demás en sede extracontractual. Es por ello que la Directiva Europea sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, antes citada, unificó ambos órdenes de responsabilidad.[46]

31. **Nótese que hemos preferido emplear la expresión responsabilidad *extracontractual*, en lugar de referirnos al delito y cuasidelito, como lo hace el Código.** Este último los distingue por el elemento subjetivo: dolo o culpa (art. 2284). Sin embargo, tal distinción, plenamente justificada en materia penal, donde la sanción depende de la intención con que se comete el hecho ilícito, carece de fundamento en materia civil, donde el deber de reparar y el monto de la indemnización no dependen del elemento subjetivo (dolo o culpa), sino del monto de los perjuicios causados.

c) Funciones: reparar, prevenir y ¿sancionar?

[45] La existencia misma de la responsabilidad contractual ha sido controvertida en épocas relativamente recientes. Cf. RÉMY, Philippe, *La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept*, RTD Civ. 1997, pp. 323 y s.; LARROUMET, Christian, *A propósito de la negacion de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente*, en *Temas de responsabilidad civil*, Colección de Análisis Jurídicos, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, pp. 17-32.

[46] En el mismo sentido, el Anteproyecto Catala (arts. 1340 a 1386) unificó bajo el Subtítulo III *"De la responsabilité civile"*, el tratamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual, manteniendo sin embargo la distinción de ambos órdenes. Así, se regulan los requisitos comunes de ambas y luego los requisitos particulares de la responsabilidad contractual y extracontractual.

32. La responsabilidad extracontractual tiene por función primordial la de ***reparar*** los daños causados. Tradicionalmente se entendía que reparar era dejar a la víctima en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso. Eso es perfectamente posible en la mayoría de los perjuicios patrimoniales, máxime si se recuerda que la indemnización no necesariamente debe consistir en el pago de una cantidad de dinero, sino también puede realizarse en especie (por ejemplo, la publicación de un desmentido). Sin embargo, no resulta fácil para el daño extrapatrimonial. ¿Cómo *reparar* la pérdida de un ser querido o restituir una función corporal perdida? La imposibilidad llevó a algunos a negar, en tales casos, la procedencia de la indemnización, cuestión hoy día superada. La responsabilidad no perseguiría, en tales casos, sino otorgar ciertas satisfacciones o compensaciones que permitan hacer más llevadero ese daño.

Se agrega también una función de ***prevención*** de los hechos dañosos: el temor a verse expuesto al pago de una indemnización cuantiosa movería a los agentes potenciales de daños a precaverlos, no sólo mediante la contratación de seguros, sino también adoptando las medidas de seguridad que eviten su ocurrencia. La doctrina se ha encargado de subrayar que la obligación de prevenir compete también a las potenciales víctimas y se le designa como *principe de précaution* o *duty of care*, lo que no es sino la manifestación de la virtud de la prudencia. Por lo demás, el Código de Bello permitió, desde su dictación, el ejercicio de acciones populares destinadas a evitar un daño contingente que amenace a personas indeterminadas (arts. 2333 y 2334).

Estrechamente ligado al rol preventivo, hay quienes postulan que la responsabilidad debiera también ***sancionar*** ejemplarmente a los autores de daños de especial consideración.[47] La afirmación envuelve la pretensión de importar, a nuestros sistemas de derecho continental, la institución de los daños punitivos (*punitive damages*) del derecho anglosajón. Desde luego, a falta de ley expresa, ello no es posible; además, un sector importante de la doctrina lo desaconseja, puesto que ello importaría aplicar sanciones en sede civil, sin los resguardos propios del proceso criminal, lo que vulneraría la garantía constitucional del debido proceso y las reglas de aplicación de las penas. Una mirada realista obliga a reconocer que los tribunales chilenos, al momento de fijar el quantum de la indemnización, particularmente del daño extrapatrimonial o moral, consideran especialmente la

[47] El reconocimiento de los daños punitivos, ajenos a nuestra cultura jurídica, constituiría una revolución copernicana, "puesto que ella marcaría en una cierta medida el retorno a la confusión originaria de la reparación y de la represión que nuestro derecho ha erradicado" (BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, ob. cit., N° 14, p. 10).

gravedad de la actuación y, por esa vía, sin expresarlo, sancionan al autor del daño.[48]

d) Fundamento.

32. **¿Cuál es la justificación de que un sujeto deba reparar un daño a otro?**[49] Existen dos grandes explicaciones: la teoría subjetiva o fundada en la culpa y la teoría objetiva o sin culpa. La doctrina explora nuevas perspectivas.[50]

33. **La responsabilidad subjetiva o fundada en la culpa está fuertemente marcada por la moral judeo-cristiana y conjuga *voluntad, libertad y responsabilidad:*** el Hombre está dotado de voluntad y goza también de libertad para decidir acerca de sus actos (libre albedrío), por lo que es natural que deba responder por éstos cuando puedan ser objeto de un juicio de reproche y causen un daño.[51] Esta concepción es la que inspiró a los codificadores decimonónicos y, desde luego, al Código de Bello y su modelo francés.

34. La revolución industrial y el advenimiento del maquinismo determinaron un notorio incremento de los accidentes del trabajo en los cuales la víctima no podía obtener reparación con los criterios clásicos fundados en la culpa. Surgió entonces la **teoría del riesgo,**[52] cuya idea central es que todo aquel que provoca un riesgo deviene responsable del perjuicio que pueda causar, *aun cuando su actuar no haya sido culpable.* En otras palabras,

[48] Cf. SEGURA RIVEIRO, Francisco, *Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el Derecho Civil chileno,* en Estudios de Derecho Civil I, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 635-656; MORALES CARRASCO, Omar, *Daños punitivos, desarrollos contemporáneos en los Estados Unidos de América,* en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°s 217-218, pp. 211-222. Recuérdese que, al menos en sede contractual, el art. 1558 extiende los daños a reparar en caso de dolo del autor.

[49] "La expresión de fundamento es tradicional, pero es un atajo, ya que, realmente, las teorías que vamos a exponer sirven para designar al responsable (el fundamento de la responsabilidad sería más bien el perjuicio)" (LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil,* ob. cit., p. 27). La responsabilidad puede ser entendida como una técnica de gestión de riesgos (ibídem p. 44).

[50] La teoría de la garantía, formulada por Boris STARCK, sostiene que el fundamento de la responsabilidad no debe examinarse tanto desde el punto de vista del autor del daño, sino desde el prisma de la víctima. Sostiene también que existe una jerarquía de derechos: el derecho a la vida, a la integridad corporal y material beneficiarían de una garantía objetiva, en tanto que los daños puramente económicos o morales sólo merecerían reparación en la medida en que fueran la consecuencia de la culpa del autor (Cf. STARCK, ROLAND y BOYER, *Obligations,* T. 1, *Responsabilité délictuelle,* Litec, París, 5ª ed., 1996, N°s 61 y s., pp. 38 y s.). Para un panorama más amplio de las nuevas perspectivas y proposiciones, Cf. BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle,* ob. cit., N°s 171 y s, pp. 93 y s.

[51] "La responsabilidad supone conciencia y libertad; ahora, sólo se concibe al hombre consciente y libre en la medida en que sea responsable" (LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil,* ob. cit., p. 29).

[52] En realidad no existe una, sino múltiples teorías del riesgo. Cf. MAZEAUD, Henri y Leon, TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil delictual y contractual,* Trad. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis, Ediciones Jurídicas Europa y América, Buenos Aires, 1962, T. I, Vol. II, N°s 339 y s., pp. 3 y s.

quien ejerce una actividad, así como se aprovecha de sus beneficios, debe reparar los daños que ésta provoca. Esta teoría "constituye un punto de ruptura en el pensamiento jurídico"; "ninguna teoría simboliza mejor el surgimiento de la filosofía de la solidaridad y la declinación correlativa de la responsabilidad individual".[53] En un sistema de responsabilidad objetiva, el demandado no puede defenderse invocando la ausencia de culpa, como en el sistema subjetivo, sino que deberá procurar demostrar la falta de la relación de causalidad entre su obrar y el daño.

35. **En una correcta aplicación de la teoría de la ley, la responsabilidad objetiva requiere de un texto legal expreso**, que derogue la regla general de la responsabilidad por culpa, consagrada en los arts. 2314 y s. Esos textos existen en ámbitos específicos de responsabilidad.[54] Sin embargo, lo relevante es que **la jurisprudencia, aun en ausencia de modificaciones legislativas, ha ido paulatinamente objetivando la responsabilidad, mediante diversos mecanismos.** Es célebre en este sentido la creación, por la jurisprudencia gala, del principio autónomo de responsabilidad (objetiva) por el hecho de las cosas.[55] En nuestro país, la jurisprudencia **extiende o relaja la apreciación de la culpa**, considerando negligentes actos que otrora no lo eran; **invierte la carga de la prueba**, sosteniendo, por ejemplo, que corresponde al empleador probar su diligencia, pues del solo hecho de que se haya producido un accidente del trabajo se infiere el incumplimiento de su obligación de velar por la salud y seguridad de sus trabajadores;[56] **traslada al ámbito contractual daños que normalmente debían ventilarse en sede extracontractual, mediante la creación de obligaciones de seguridad** (no manifestadas, al menos expresamente, en el contrato), de tal suerte que, si la contraparte sufre un accidente o daño, se habría incumplido una obligación emanada del contrato y deben entonces aplicarse las normas de la responsabilidad contractual, según las cuales la culpa se presume (art. 1547).

[53] BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, ob. cit., N°s 168 y 169, pp. 91-92.

[54] En el Código Civil, el art. 2327 prescribe: "el daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputado al que lo tenga, y si alega que no le fue posible evitar el daño, no será oído". Fuera del Código, pueden citarse, entre otros: 1. La responsabilidad del propietario de un vehículo motorizado que interviene en un accidente del tránsito (art. 174 Ley 18.290, Ley del Tránsito); 2. La Ley de Navegación, D.L. 2222, de 31.05.1978; 3. La responsabilidad por daños causados por vuelos aeronáuticos (arts. 142 y s. y 155 y s. del Código Aeronáutico; 4. Ley 18.302, sobre seguridad nuclear, arts. 49 a 66.

[55] Cass. Civ., 16.06.1896, Teffaine, DP 1897.433. Cf. infra N° 55.

[56] Así, a título ilustrativo, se ha resuelto que "La negligencia de la demandada, en este caso, se infiere de la sola materialización del daño, ya que resulta evidente que si se hubieran tomado las medidas eficaces, hubiera podido evitarse el accidente que da lugar a estos autos" C. Santiago, 09/04/2008, rol 2649-2007.

1° Las condiciones o requisitos de la responsabilidad

36. **Tradicionalmente, se suele afirmar que las condiciones o requisitos de la responsabilidad extracontractual son:** 1° La capacidad; 2° El dolo o culpa; 3° El daño; y 4° La relación de causalidad. Sin embargo, según veremos, si bien la capacidad conserva plena vigencia en el derecho chileno, en países como Francia ha sido derechamente abolida. En cuanto al dolo o culpa, resulta evidente que tal condición no es tal para los casos de responsabilidad objetiva. **Recapitulando, el núcleo duro de todo sistema de responsabilidad está conformado por el daño y la relación causal.**

a) La capacidad.

37. **Sin voluntad no puede haber responsabilidad.** No se puede formular el juicio de reproche consubstancial a la culpa a quien no está habilitado para comprender el alcance o consecuencia de sus actos. Es por eso que **el artículo 2319 del Código Civil prescribe que:** "No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. [2] Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior". Por demente se entiende el enajenado mental. La privación de razón debe ser total, actual y no imputable a la voluntad del sujeto (art. 2318).

El deseo de dar satisfacción a las víctimas y el retroceso de la culpa como fundamento de la responsabilidad ha provocado la derogación o mitigación de este requisito en otras latitudes.[57]

b) El perjuicio.

[57] **En Francia**, una ley de 03.01.1968 modificó el art. 489-2 del Code y dispuso que: *"celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation"*. La regla se aplicaba naturalmente a los mayores de edad que padecieran una enfermedad mental. Luego la jurisprudencia la extendió a los menores en el mismo estado (Cass. Civ. 1ª 20.07.1976, RTD Civ. 1976.783, obs. DURRY) y finalmente, en fallos de la Corte de Casación en pleno de 09.05.1984, a los infantes (Ass. Plén. 09.05.1984, RTD Civ. 1996.628, obs. JOURDAIN). La extensión del ámbito de aplicación de esa regla ha derivado en el abandono de la culpa subjetiva, fundada en la imputabilidad, por una culpa objetiva, que ha operado una "desmoralización de la responsabilidad civil" (FLOUR y AUBERT, *Le fait juridique*, ob. cit., N° 101, p. 98).
En Italia, el artículo 2047 del Código Civil dispone que quien no tiene capacidad de entender o querer es en principio incapaz y responde quien tuviere el deber de vigilarlo. Sin embargo, en caso que el perjudicado no haya podido obtener de este último la reparación, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una equitativa indemnización.

HEMEROTECA

38. **No hay responsabilidad sin perjuicio:** afirmación incontrovertible, pero no por ello fácil de precisar sus contornos. Desde luego, ese postulado no obsta a la existencia de una *responsabilidad preventiva*.[58] Por otra parte, el **principio de la reparación integral**, conforme al cual se debe reparar *todo el daño, pero nada más que el daño*, plantea también interrogantes. **En efecto, debe precisarse, en primer término, qué es el daño**. La tendencia apunta invariablemente a una extensión del concepto, que ya no estaría constreñida por la lesión de un *derecho subjetivo, sino de un simple interés*. Así, se le ha definido como *"toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima, entendiendo por interés todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor"*.[59] Concepto omnicomprensivo que, de aplicarse a la letra, tornaría imposible la vida en comunidad si no se le impusieran límites, tales como la exigencia de la *anormalidad* del daño, de aplicación frecuente en las relaciones de vecindad.

En seguida, se plantean dudas acerca de la relación entre el daño y el perjuicio. Es frecuente utilizar ambas expresiones como sinónimas. Sin embargo, también puede distinguírselas: el daño sería el atentado a la integridad de una persona o de una cosa, en tanto que el perjuicio consistiría en las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de ese atentado. Así, por ejemplo, un daño puramente corporal (lesión física) daría lugar a perjuicios patrimoniales (gastos médicos, pérdida de ganancias, etc.) y extrapatrimoniales (dolor, perjuicio estético, etc.).

39. **La enunciación de los *requisitos del daño* también plantea dificultades. No cabe duda que el daño debe ser cierto. La exigencia de la *licitud o legitimidad* del daño, en cambio, genera discrepancias.**

El daño debe ser cierto, esto es, no debe tratarse de un daño hipotético o eventual. Así, quien es contagiado por el virus del SIDA, puede reclamar inmediatamente la reparación del daño (material y moral) sufrido por el contagio, mas no por las consecuencias que pudieran derivarse si la enfermedad se manifiesta, pues tales daños son hipotéticos.

La certidumbre del daño no se opone a la reparación de la pérdida de una *chance*, esto es, de la posibilidad de un evento favorable, aunque su realización sea incierta. Así, el abogado que presenta un recurso de

[58] Cf. artículos 2333 y 2334 Código Civil. Cf. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 355 y s.

[59] DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios*, Fondo de Publicaciones, Facultad de Cs. Jur. y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, 1995, p. 12.

apelación extemporáneamente, no será obligado a reparar lo que hubiera obtenido su cliente con la revocación de la sentencia apelada, toda vez que el resultado del pleito es, por definición, incierto, pero sí la pérdida de la posibilidad de obtener un pronunciamiento favorable. El mismo razonamiento es aplicable al alumno que pierde la oportunidad de rendir un examen, al proponente que pierde la oportunidad de participar en una licitación o al apostador que resulta privado de la posibilidad de apostar. Naturalmente, el monto de la reparación será acorde a la pérdida de la *chance*, no pudiendo alcanzar el monto de lo que se hubiera obtenido si esa posibilidad se hubiera concretado.

¿El daño debe corresponder a un interés legítimo o lícito de la víctima? La interrogante tiene enorme importancia para la reparación de los daños sufridos por el concubino o concubina por la muerte o lesiones sufridas por su concubino o concubina. Hay quienes sostienen que el concubinato es una relación de hecho, no amparada por el derecho, como sería el caso del matrimonio y que, por lo mismo, tales daños no merecen reparación. El problema se ha planteado también en otras latitudes y la tendencia es a su reparación.[60]

40. **Se suelen agregar otros requisitos, cuya exigencia es discutible.** Así, se afirma que el daño debe ser **actual**, sin embargo, ese requisito debe rechazarse, pues se admite la reparación del daño futuro, en la medida que su realización sea cierta. La exigencia de que sea **directo** también debe ser desechada, toda vez que ella dice relación más bien con la relación de causalidad que con el perjuicio. En efecto, un daño indirecto no es reparable, pues carece de relación causal con la acción u omisión del demandado. Así lo prescribe el artículo 1558, *a contrario censu*, en sede contractual. La **subsistencia del daño o, lo que es lo mismo, que no haya sido ya reparado**, no es propiamente un requisito del daño, sino una condición esencial de la responsabilidad, que persigue reparar y no enriquecer. Se suele formular para subrayar que si la víctima ya obtuvo el pago de una indemnización voluntaria de la propia víctima o bien de su asegurador, entonces ésta debe imputarse a la que pueda obtener judicialmente.

[60] "Así mismo, la acción no puede ser rechazada bajo pretexto que el interés es ilegítimo: el perjuicio es un hecho bruto que se aprecia fuera de toda consideración moral" (LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, ob. cit., p. 66). Para la evolución de la reparación concedida a los concubinos en Francia, así como para otros casos en que la legitimidad del daño tiene interés, Cf. BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, ob. cit., N°s 228 y s., pp. 116 y s. En Chile, Cf. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 140. En sentencia dictada con fecha 05/03/2002, se dio lugar al pago de una indemnización al concubino; sin embargo, la casación en el fondo fue rechazada por motivos formales, de modo que el fallo no es concluyente (Corte Suprema, 05/03/2002, rol 326-2001).

41. **Las categorías de daños: se distingue entre daño material y moral,**[61] **comprendiéndose en el primero el daño emergente y el lucro cesante** (art. 1556, en sede contractual). Hoy en día se prefiere la distinción entre perjuicio patrimonial y extrapatrimonial; se observa también que el daño corporal puede dar origen a ambos.[62]

La tipología de daños no cesa de crecer: al sufrimiento o dolor (*pretium doloris*), se agrega el perjuicio estético, el perjuicio sexual (entendido como la imposibilidad total o parcial de tener relaciones íntimas normales y de procrear), la pérdida de agrado de la vida o *préjudice d'agréement* (esto es, la pérdida de los goces legítimos que uno puede esperar de su existencia), los daños a derechos de la personalidad, el daño corporal o biológico, etc.

Los titulares del derecho a reclamar la reparación también se extienden: no sólo la víctima directa, sino también quienes sufren daños por rebote o repercusión (*préjudice par ricochet*). Así, en caso de un accidente del trabajo, demandará no sólo el trabajador accidentado, sino también todos aquellos que sufren al verlo postrado: cónyuge, hijos, padres, hermanos, etc. ¿Cuál es el límite, si es que existe? La víctima procurará que demande el mayor número posible, a fin de obtener una cantidad mayor, en la convicción de que la indemnización, al igual que el cariño, se suma, no se divide.

42. **El daño debe ser probado. La prueba y avaluación del daño extrapatrimonial ha sido una de las grandes dificultades de la responsabilidad civil moderna, debido a las sensibles diferencias que se constatan entre los montos de las indemnizaciones** que otorgan nuestros tribunales, por daños similares. Es más, la jurisprudencia chilena afirma que es facultad privativa de los jueces del fondo apreciar *discrecionalmente* (sic) el daño moral. ¿Por qué la pérdida de un padre o madre puede valer más para unos que para otros? La diferencia de ingresos puede justificar las disparidades en la indemnización del daño material, mas no la del daño moral. ¿Acaso el sufrimiento de unos vale más que el de otros? El principio constitucional de la igualdad ante la ley y la exigencia de que las sentencias sean fundadas pudieran estimarse conculcados. Paralelamente, la incertidumbre respecto al monto de la indemnización dificulta a las aseguradoras precaver la exposición al riesgo y fijar las primas. En otras latitudes se ha procurado resolver estas dificultades mediante la fijación de **baremos de responsabilidad**, esto es, tablas en que se consigna, según el tipo de daño y otros factores, un monto máximo y mínimo para

[61] Cf. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, ob. cit., pp. 436 y s.
[62] Cf. supra N° 38.

la indemnización (por ejemplo, en España, para los daños causados por accidentes de la circulación). La solución genera resistencias, pues afecta la potestad jurisdiccional exclusiva de los tribunales y el derecho a la reparación integral de las víctimas; es por ello que se sugiere establecer esos baremos con carácter indicativo, más no obligatorio. La publicación de los fallos (todos) y la elaboración de tablas, aunque sea con carácter no vinculante, parece ser un instrumento útil de proyección y decisión, tanto para las víctimas, sus abogados y los jueces.

c) La relación de causalidad.[63]

43. Donde quiera que se manifieste en el Derecho, sea como requisito de formación de los contratos, sea como elemento de la responsabilidad civil o penal, la causalidad es un tema de gran complejidad y difícil entendimiento, derivación quizá de sus fundamentos filosóficos, y de enorme trascendencia para la solución de casos. Para que se genere la responsabilidad civil se requiere una relación de causa-efecto entre la acción u omisión del autor y el daño. Las dificultades se multiplican, pues, **en la mayoría de los hechos dañosos, confluyen una multiplicidad de concausas concatenadas entre sí,** imputables a veces a diversos sujetos, incluso algunas a la propia víctima, las cuales se interrelacionan simultánea o sucesivamente. Es célebre el ejemplo de POTHIER: un campesino adquiere una vaca enferma, que contagia a sus bueyes, lo que le impide cultivar sus tierras y lo conduce al descalabro. **¿Cuál o cuáles de esos múltiples factores pueden ser calificados de causa del hecho dañoso o, lo que es lo mismo, dónde se interrumpe el nexo causal que exonera del deber de reparar?** Este requisito toma especial relevancia en los sistemas de responsabilidad objetiva, donde el demandado, privado de la posibilidad de demostrar la ausencia de culpa, sólo puede atacar el nexo causal.

44. Para responder a la interrogante se han formulado diversas doctrinas. **La teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non,*** postula que todas las condiciones que han concurrido para producir el daño son causa del mismo. Sus partidarios recurren al procedimiento de la supresión mental hipotética: si suprimida la condición el daño desaparece, entonces tal condición puede ser calificada de causa. Se le reprocha que permite calificar de causa a condiciones demasiado alejadas del hecho generador y, por lo mismo, no permite limitar la extensión de la responsabilidad.

[63] Cf. VARGAS PINTO, Tatiana (editora) *La relación de causalidad, Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal,* Cuadernos de extensión jurídica N° 15, Universidad de Los Andes, Santiago, 2008.

La teoría de la causa adecuada procura superar esos reparos, calificando de causa sólo a aquella condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir el resultado.

Nacida en tiempos relativamente recientes en Alemania de la pluma de Claus ROXIN para explicar la causalidad en materia penal y luego extendida al ámbito civil, **la teoría de la imputación objetiva** postula que la causalidad debe entenderse como imputación medida por parámetros objetivos. La doctrina se construye sobre un principio general, según el cual la imputación "presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo" y varios criterios que luego facilitan su aplicación al caso.[64]

45. **El demandado puede exonerarse de responsabilidad probando la concurrencia de una causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o el hecho de la propia víctima.** La primera está definida por el artículo 45 como el imprevisto a que no es posible resistir. Nótese que la culpa exclusiva de la víctima opera como causal de exoneración total de responsabilidad, en tanto que, si el daño se hubiera de todos modos producido, es decir, se trata de una concausa, servirá para *reducir* el monto de la indemnización, conforme a lo dispuesto en el artículo 2330: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

d) El dolo o culpa.

46. Hemos dicho que el elemento subjetivo, dolo o culpa, no es una condición esencial de la responsabilidad civil, toda vez que está ausente en todos los regímenes cuyo fundamento es el riesgo. El dolo está definido en el artículo 44 como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". La culpa está también conceptualizada en el mismo artículo 44, aun cuando tales nociones están referidas más bien al ámbito contractual, donde se distingue entre los distintos grados en que se puede presentar: grave, leve y levísima. En sede extracontractual, en cambio, toda culpa, aunque sea levísima, genera el deber de reparar. En todo caso, esas definiciones develan lo esencial de la noción: descuido, imprudencia, negligencia, falta de previsión y cuidado. También hemos dicho que si el autor obra con dolo, comete un delito, y si actúa con culpa, un cuasideli-

[64] ROXIN, Claus, *Derecho Penal, T. I*, Parte *General*, Civitas, Madrid, 1997, Trad. de la 2ª ed., por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Para un desarrollo en la literatura nacional, consúltese CORRAL TALCIANI, quien afirma que "Para corregir esos puntos, nos parece que la teoría de la imputación objetiva, con sus adecuaciones al campo civil, debería proporcionar resultados satisfactorios" (CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 189).

to (art. 2284), lo que es, sin embargo, indiferente para la determinación del quantum de la indemnización, al punto que es atendible unificar su tratamiento bajo la rúbrica de responsabilidad civil extracontractual.

47. **Menuda tarea la del juez de apreciar el dolo o culpa. La doctrina está conteste en que el primero se aprecia *en concreto* y la segunda *en abstracto*.** Ello significa que para el dolo "el juez deberá examinar la conciencia de su autor, su estado de ánimo, puesto que consiste en la intención de dañar y esta intención sólo puede conocerse analizando los móviles que la guiaron".[65] La apreciación de la culpa se efectúa en abstracto, esto es, comparando el obrar del autor del daño con el de un modelo de conducta (el buen padre de familia del art. 44, el *reasonable man* del derecho anglosajón), puesto en las mismas circunstancias. La afirmación, dogmáticamente coherente, es, sin embargo, difícil de aplicar, en tanto no se invente el barómetro de conciencias. La realidad es que, en ambos casos, sólo podemos observar los actos externos y de ellos intentar inferir la intencionalidad en el dolo o compararlos con un modelo, en el caso de la culpa. Pero esa diferencia también es demasiado sutil. En efecto, en la culpa, en la medida en que se avanza en la precisión de las circunstancias en que se encontraba el autor para construir el modelo, llega un punto en que inevitablemente hemos traspasado la frontera y estamos apreciando la culpa en concreto. Por ejemplo, para evaluar la velocidad a que se desplazaba un conductor que intervino en un accidente y así apreciar su eventual culpa, debemos construir un modelo puesto en las mismas circunstancias: día lluvioso, obscuro, alto tráfico automotriz y peatonal, luminaria deficiente, automóvil antiguo, etc. Si además se consideran las condiciones personales del autor (edad, experiencia al volante, visión, etc.), podemos observar que ya no hay un patrón, como se supone que existe en la responsabilidad extracontractual, ni tres, como debiera acontecer en la responsabilidad contractual, sino que tantos modelos de sastre como actos dañosos y, a partir de entonces, en los hechos, estamos apreciando la culpa en concreto.[66]

La infracción de las normas de prudencia y diligencia contenida en leyes y reglamentos es relevante al momento de apreciar la culpa, cuestión que se conoce como **culpa contra la legalidad** (v. gr., la conducción a una velocidad superior a la permitida en la ley del tránsito configuraría por sí sola la culpa).

[65] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, ob. cit., T. 1, N° 119, p. 168.

[66] Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los elementos subjetivos en las instituciones y conceptos del derecho civil y su establecimiento, en Instituciones modernas de Derecho Civil, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1996, pp. 34-43.

e) Las presunciones de culpa; la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas.

48. **La culpa debe ser probada por la víctima del daño.** Se trata de uno de los principales inconvenientes para obtener reparación en un sistema de responsabilidad subjetiva. Consciente de esta dificultad, el legislador recurre en su auxilio, estableciendo presunciones.

49. **Las reglas del Código de Bello en esta materia (arts. 2320 a 2329 del CC chileno y art. 2347 a 2356 del CC colombiano) fueron tomadas casi a la letra del Código francés (arts. 1382 y s.) y, sin embargo, existen profundas diferencias en la forma de aplicarlas en Francia, Colombia y Chile, lo que refuerza la idea que hemos manifestado en orden a que el derecho de daños es de creación eminentemente jurisprudencial.** A título de botón de muestra, los interesados en la hermenéutica legal podrán constatar, como veremos más adelante, que una regla idéntica, el artículo 2329 del CC chileno y 2356 del CC colombiano, ha dado lugar a un régimen objetivo en Colombia en tanto que su eficacia ha sido prácticamente nula, al menos hasta ahora, en Chile.

50. **El epígrafe que hemos escogido no es antojadizo; la estructura y sistematización de una materia revelan la comprensión que se tiene de ella y facilitan el entendimiento a los destinatarios.** Lo anterior obliga a ciertas prevenciones. El Decano ALESSANDRI, cuyas enseñanzas de raigambre francesa han hecho escuela en Chile,[67] analiza las "Presunciones de culpabilidad" y las agrupa en "1° Responsabilidad por el hecho propio; 2° Responsabilidad por el hecho ajeno; y 3° Responsabilidad por el hecho de las cosas".[68] En Francia, la nomenclatura es hasta hoy día la misma, pero el tratamiento difiere sustancialmente. En general,[69] al analizar los requisitos de la responsabilidad, se distingue según si se trata de la responsabilidad

[67] El mismo esquema se mantiene en obras recientes. Así, RAMOS PAZOS en el análisis de la culpa se refiere a la prueba de la misma y luego a las "Presunciones de responsabilidad", que divide en "Presunciones de responsabilidad por el hecho propio", "Presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno" y "Presunciones de responsabilidad por los hechos de las cosas" (RAMOS PAZOS, René, *De la responsabilidad extracontractual*, ob. cit., N°s 40 y s., pp. 50 y s.). CORRAL TALCIANI analiza "Los elementos de la responsabilidad extracontractual", entre los cuales aborda la "La reprochabilidad o culpabilidad" y "La responsabilidad sin culpa. Responsabilidad objetiva", para abordar a continuación "La responsabilidad refleja. Las llamadas Presunciones de culpa", entre las cuales distingue "Presunciones de responsabilidad por hechos personales", "Régimen de responsabilidad por el hecho de terceros dependientes" y "Responsabilidad por la propiedad o tenencia de cosas dañinas" (CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 206, 218, y 227 y s.).

[68] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, ob. cit., T. 2, N°s 192 y 194 y s., pp. 292 y s.

[69] Cf. BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, ob. cit., N°s 213 y s., pp. 105 y s.; FLOUR y AUBERT, *Le fait juridique*, ob. cit., N° 96, p. 91; FABRE-MAGNAN, Muriel, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, ob. cit., N°s 63 y s., pp. 157 y s.

por el hecho personal, por el hecho ajeno o por el hecho de las cosas, puesto que las condiciones para obligar a reparar difieren en cada caso: en la primera se exige la culpa, en tanto que en las demás basta el señorío o dominación (*maîtrise*) que el responsable tenía sobre otras personas o las cosas por las cuales debe responder, respectivamente.

Recapitulando, en Chile se examina esta materia a propósito de las presunciones de culpa, lo que supone, a primera vista, que estamos siempre en el marco de una responsabilidad subjetiva;[70] en cambio, en Francia, se trata de precisar los diferentes requisitos de la responsabilidad y, avancémoslo desde ya, en la responsabilidad por el hecho personal se exige la culpa, en tanto que en la responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas se trata de regímenes objetivos. Veremos también que el ámbito de aplicación de estos regímenes difiere sustancialmente: en unos será general y en otros limitado a los casos expresamente regulados.

51. En el epígrafe y en el análisis que sigue usaremos la terminología que ya es tradicional tanto en Chile como en Francia, para verificar durante el análisis si se trata de auténticas presunciones de culpa o más bien de estatutos que determinan requisitos diferentes para comprometer la responsabilidad del autor del daño.

– La responsabilidad por el hecho propio.

52. En Francia, cuando se alude a responsabilidad por el hecho personal, se quiere significar que se trata del régimen fundado en la culpa, que requiere ser probada (art. 1382 Code).[71] En Chile, en cambio, cuando se analiza la responsabilidad por el hecho propio se aborda la doctrina, formulada por Carlos DUCCI y seguida por ALESSANDRI, según la cual el artículo 2329[72] establece una presunción general de culpabilidad por el hecho propio, aplicable "cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza

[70] Una evolución la constituye el análisis que efectúa BARROS BOURIE en su relativamente reciente (2006) *Tratado de responsabilidad extracontractual*, quien divide el análisis de la culpa en tres títulos, a saber: "La culpa en la responsabilidad por el hecho propio", la "Culpa por el hecho ajeno" y la "Presunción de culpa y responsabilidad estricta por el hecho de las cosas" (BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., N°s 41 y s., pp. 77 y s.; N° 104, p. 167; N°s 136 y s., pp. 210 y s.

[71] "Article 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

[72] Los artículos 2329 del CC chileno y 2356 del CC colombiano prescriben: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.[2] Son especialmente obligados a esta reparación: 1) El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3) El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente, por ejemplo, un choque de trenes".[73] Con esa doctrina se persigue liberar de la prueba de la culpa a la víctima en hechos en que los indicios parecen denotar, por sí mismos, un actuar culpable. Esa teoría no ha ganado el favor de la jurisprudencia chilena, aun cuando el debate doctrinario conserva permanente actualidad.[74] En Colombia, la misma regla, con idéntica redacción, ha servido a la doctrina y jurisprudencia colombianas para crear un régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas.[75]

– La responsabilidad por el hecho ajeno.

53. El artículo 2320 inc. 1° del CC chileno, inspirado del artículo 1383 del Code,[76] prescribe que: "Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". La expresión responsabilidad por el hecho ajeno es equívoca, pues **el tercero civilmente responsable no responde en verdad del hecho ajeno, sino del propio, a saber, la infracción de su deber de vigilancia o cuidado,** que permitió que la persona a su cargo causara el daño.

La regla transcrita ha sido interpretada en Chile en el sentido que **consagra una regla general de responsabilidad por el hecho ajeno, de la cual los incisos siguientes no son más que ilustraciones,** entre las cuales se cuenta la que obliga al padre o madre a responder por los hechos de los hijos menores que habiten en la misma casa o al empresario por el hecho de sus dependientes. Luego, si el menor que está bajo el cuidado de una persona distinta de sus padres, por ejemplo, de sus abuelos, y causa un daño, la responsabilidad de éstos puede quedar comprometida fundada en el art. 2320 inc. 1°, aun cuando los abuelos no estén expresamente referidos en los casos de los incisos 2° y siguientes. La diferencia entre la regla general del inciso primero y los casos expresamente regulados

[73] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, ob. cit., T. 2, N° 195, p. 292.

[74] Para un análisis reciente, Cf. DIEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, ob. cit., pp. 35-52; y BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., N°s 91-97, pp. 147-158.

[75] MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano, en Temas de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pp. 211-249; *La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano*, en Revista de responsabilidad civil y seguros. N° XII. Ed. La ley, Buenos Aires, 2006, pp. 125-137; y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano, en Reformas en el Derecho Civil Francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista N° 16, Revista Actualidad Jurídica, 2007, pp. 35-52.

[76] El artículo 1384 del Código Civil Francés prescribe que: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

en los incisos segundo y siguientes del artículo 2320 radica en que, en estos últimos, bastará probar la concurrencia de los supuestos para que se presuma el vínculo de subordinación y dependencia entre el tercero civilmente responsable y el autor del daño; en cambio, para hacer efectiva la regla general del inciso primero es necesario probar tal subordinación.

El mismo artículo 2320 inciso final permite a los terceros civilmente responsables exonerarse si es que prueban que "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el daño". De esa regla, confirmada por el art. 2322 inc. 2°, se infiere que **en nuestro sistema la presunción de culpabilidad del guardián es simplemente legal, puesto que se le permite liberarse probando la ausencia de culpa.**[77] Sólo excepcionalmente esa exoneración le estaría vedada y, por ende, se trataría de un régimen objetivo, a saber, cuando el daño causado por los hijos menores provenga conocidamente de su mala educación o de los hábitos viciosos que los padres les han dejado adquirir (art. 2321) o cuando se perpetró el daño por orden de la persona a quien se debía obediencia (art. 2325, a contrario).

54. **En Francia**, tradicionalmente se había entendido que el art. 1384 inc. 1° del Code contenía una lista taxativa de casos de responsabilidad por el hecho ajeno, de tal suerte que, fuera de éstos, la única forma de comprometer la responsabilidad del guardián era probando la culpa. **La situación varió con el fallo Blieck, de 29.03.1991,**[78] **en el cual la Corte de Casación resolvió que el artículo 1384 inc. 1° "no tiene un carácter taxativo".**

En cuanto al régimen de esa responsabilidad, después del fallo de 26.03.1997, *Le foyer Notre-Dame,*[79] parece asentado que el **guardián no puede liberarse probando la ausencia de culpa, de modo que su responsabilidad es objetiva; sólo puede exonerarse demostrando la causa extraña**, esto es, la fuerza mayor, el hecho del tercero o de la propia víctima.

– La responsabilidad por el hecho de las cosas.

55. En Chile, a diferencia de lo que ocurre para la responsabilidad por el hecho ajeno, **la doctrina y la jurisprudencia han entendido siempre que el Código de Bello no contiene una regla general de responsabilidad**

[77] Según ALESSANDRI, la presunción comprende no sólo la culpa, sino también el nexo causal (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, ob. cit., T. 2, N° 193, p. 291)

[78] D. 1991.324, obs. LARROUMET; RTD Civ. 1991.541, obs. JOURDAIN.

[79] Cass. Crim., 26.03.1997, D. 1997.496, obs. JOURDAIN.

por el hecho de las cosas, sino que sólo regula casos taxativos, a saber, el daño ocasionado por la ruina de un edificio (arts. 2323 y 2324), el causado por un animal (arts. 2326 y 2327) y el causado por una cosa que cae o se arroja desde la parte superior de un edificio (art. 2328). **La solución contrasta abiertamente con la adoptada por la jurisprudencia francesa desde el célebre fallo *Teffaine*, de 16.06.1896**, en que resolvió que el artículo 1384 inc. 1° del Code consagra un principio autónomo de responsabilidad por el hecho de las cosas, responsabilidad que tiene carácter objetivo, es decir, el autor sólo puede liberarse probando la causa extraña. Si se coteja el artículo 2320 inc. 1° del Código de Bello con el artículo 1384 inc. 1° del Code se observa que el primero, siendo una mera traducción de su modelo francés, omite, sin embargo, la frase final "o de las cosas que se tengan bajo su guarda" (*"ou des choses que l'on a sous sa garde"*), que es precisamente la que permitió a la jurisprudencia gala la construcción de la regla general de responsabilidad por el hecho de las cosas.

En cuanto al régimen de esta responsabilidad, en nuestro país dependerá del tipo de daño de que se trata. En algunos se trata de una mera presunción de culpabilidad, que permite exonerarse probando la ausencia de culpa (art. 2326 inc. 1° parte final); en otros sólo puede liberarse probando la causa extraña (art. 2328 inc. 1°) y, finalmente, en otros ni siquiera en tal caso (art. 2327).

2° El ejercicio de la acción de responsabilidad.

56. Concluido el análisis de las condiciones o requisitos de la responsabilidad, conviene subrayar algunos caracteres de la acción de responsabilidad.

57. **La acción puede intentarse por** todo el que sufra un daño, no sólo las víctimas directas, sino también las por rebote, sus herederos o cesionarios (artículo 2314 y 2315). La acción es también transmisible a los herederos de la víctima, aun cuando el daño moral no lo sea, como se ha resuelto recientemente.[80]

Los sujetos pasivos son el autor del daño, sus herederos, el que recibe provecho del dolo ajeno (art. 2316) y los terceros civilmente responsables, según se vio al analizar las presunciones de culpabilidad.

[80] C. Suprema, 27/06/2007, rol 309-2006; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*, en Revista Chilena de Derecho, vol 31, N° 3, pp. 493-514.

58. **La responsabilidad de los varios autores del daño es solidaria** (art. 2317). Se discute si la solidaridad está limitada a los autores o comprende también al tercero civilmente responsable.[81]

59. **La acción prescribe en cuatro años "contados desde la perpetración del acto" (art. 2332).** La regla ha dado lugar a dificultades cuando el daño se manifiesta después de expirado el cuadrienio. El tema ha generado un intenso debate en Chile, fundamentalmente a raíz de las acciones de responsabilidad deducidas contra el Estado por violaciones a los derechos humanos acaecidas durante el gobierno militar. Hasta ahora, la Corte Suprema chilena ha sostenido la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir a los responsables, pero, en el ámbito civil, ha rechazado las acciones de responsabilidad por estar prescritas.[82]

B. Los cuasicontratos

60. Se acostumbra **definir** los cuasicontratos como el acto lícito, voluntario y no convencional que genera obligaciones (arts. 2284 y 1437).

61. **El artículo 2285 prescribe que: "Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad". La regla es meramente enunciativa** ("principales") de modo que deja abierta la posibilidad de calificar como tales otras instituciones, cuyo catálogo se discute, e incluso, según algunos, sostener la existencia de cuasicontratos innominados.[83]

La vinculación entre cuasicontrato y enriquecimiento sin causa[84] ha sido también tormentosa, desde considerar a este último como una especie del primero, hasta "partiendo de la idea de que los dos casos –de cuasicontratos regulados por el Code– reposarían sobre la preocupación dominante de evitar que una persona se enriquezca sin causa a expensas

[81] C. Suprema, 05.01.2005, comentario Juan Andrés VARAS BRAUN, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia, vol XVIII, 2005, pp. 241-253.

[82] C. Suprema, 27/12/2006, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 16, pp. 153-162.

[83] ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, ob. cit., N°s 181 a 188, pp. 172-175. La interrogante también se ha planteado en el derecho comparado; en Francia, I.E TOURNEAU, Répertoire Civil Dalloz, *Quasi-contrats*.

[84] Respecto al enriquecimiento sin causa en la literatura chilena, consúltese: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones*, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 200, Jul-Dic 1996, pp. 7-40; CÉSPEDES, Rodrigo, *El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 3, pp. 9-34; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *El principio "nadie debe hacerse más rico en detrimento de otro" (D. 12, 6, 14) en la resolución de un contrato de promesa por incumplimientos recíprocos: una tendencia jurisprudencial chilena*, en Estudios de Derecho Civil II, LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 29-40.

de otra, la doctrina y jurisprudencia han estimado posible generalizar esas disposiciones: hacer de todo enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones".[85] De hecho, en la doctrina francesa, la mayoría de los autores abordan el análisis del enriquecimiento sin causa entre los cuasicontratos.[86] El Código Civil italiano, en su artículo 1173, reconoce la vinculación entre la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa, a los cuales considera fuentes de obligaciones, pero sin aludir a la denominación ni noción de cuasicontrato.

61. **La agencia oficiosa** está definida en el artículo 2286, que prescribe que: "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos". El ejemplo clásico es el de quien constata que el inmueble de su vecino amenaza ruina y contrata las necesarias reparaciones, sin estar investido de mandato para hacerlo.

62. **El pago de lo no debido** está regulado en los artículos 2295 y siguientes del Código: "si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado".

63. **El redactor del Código Civil Chileno se apartó de su modelo francés y reguló, como una especie de cuasicontrato, la comunidad** (arts. 2304 y s.). En realidad, si bien la comunidad puede surgir de un hecho, como ocurre cuando se genera por sucesión por causa de muerte entre los herederos, también puede surgir de una convención, como ocurre cuando dos o más personas adquieren en común un bien raíz o mueble, quienes pueden regular convencionalmente la forma como se regirá la comunidad, lo que permite criticar su inclusión entre los cuasicontratos.

* * *

[85] FLOUR y AUBERT, *Le fait juridique*, ob. cit., N° 2, p. 3.
[86] A título ilustrativo, FLOUR y AUBERT, *Le fait juridique*; FABRE-MAGNAN, Muriel, *Responsabilité civile et quasi-contrats*; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, todos precitados.

Bibliografía

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 2001;

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Ediar Conosur Ltda., Santiago, 2ª ed., 1983;

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 2ª ed., 2003; *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 2006;

BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, T. II, *De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007;

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006;

BELLO, Andrés, *Obras Completas de don Andrés Bello*, Vol. XI a XIII, *Proyectos de Código Civil*, Impresora Pedro G. Ramírez, Santiago, 1890;

BIANCA, Massimo, *Derecho Civil*, T. 3, *El contrato*, Trad. F. Hinestrosa y E. Cortés, U. Externado de Colombia, 2007;

BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Derecho Civil*, Trad. Fernando Hinestrosa, U. Externado de Colombia, 1995, T. I, Vol. 1 y 2;

BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, París, 2005;

CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, T. 4, *Obligations*, PUF, París, 22ª ed., 2000;

CARVAJAL R., Patricio Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. "Contrato" y "convención" como sinónimos en materia de fuente de obligaciones*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 34, N° 2, pp. 289-302;

CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil Chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, en Revista Roma e América, Diritto Romano Commune, Revista di Diritto dell Integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, XII, 2001, pp. 131-155;

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003;

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1996;

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla, en Reformas en el Derecho Civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista N° 16, Revista Actualidad Jurídica, 2007, pp. 35-52;

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000;

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations*, T. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, París, 2007;

FLOUR, AUBERT y SAVAUX, *Droit civil, Les Obligations*, T. 1, *L'acte juridique*, Armand Colin, 11ª ed., 2004; T. 2, Le fait juridique, Armand Colin, 10ª ed., 2003;

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República (VI). Sobre las fuentes del tít. 1° del lib. 4° del "Código Civil de Chile" y de sus proyectos*, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 11-32; Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República (II), en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Vol. II, 1977, pp. 101-130;

HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2003;

LARROUMET, Christian, Introduction à l'étude du droit privé, Economica, Paris, 3ª ed., 1998; *Droit civil*, T. III, *Les obligations, le contrat*, Economica, Paris, 4ª ed., 1998;

LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Trad. Javier Tamayo Jaramillo, Legis, Colombia, 2004;

MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, por CHABAS, François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie génerale*, Montchrestien, 9ª ed., 1998;

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano, en Temas de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pp. 211-249; *La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano*, en Revista de responsabilidad civil y seguros. N° XII. Ed. La ley, Buenos Aires, 2006, pp. 125-137; y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano en Reformas en el Derecho Civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista N° 16, Revista Actualidad Jurídica, 2007, pp. 35-52;

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las Obligaciones*, Temis, Bogotá, 8ª ed., 2005;

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones, La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 2003;

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, y PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad civil, casos prácticos*, LexisNexis, Santiago, 3ª ed., 2007;

POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993;

RAMOS PAZOS, René, *De la responsabilidad extracontractual*, Fondo de Publicaciones U. de Concepción, Concepción, Chile, 1993;
Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. V, 3ª ed., 1997 y T. IX, 3ª ed., 1998;

TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, Précis Dalloz, París, 6ª ed., 1996;

VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil*, T. III, *De las obligaciones*, Temis, Bogotá, 9ª ed., 2004;

VARGAS PINTO, Tatiana (editora) *La relación de causalidad, Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Cuadernos de extensión jurídica N° 15, Universidad de Los Andes, Santiago, 2008.

Contra-razones de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno

Julio Alvear Téllez
Profesor Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Becario Doctorado de Alban Office
Unión Europea
Colaborador honorario de la Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: Desde un punto de vista dogmático-jurídico, el presente trabajo ofrece una propuesta que permite la problematización actual acerca del supuesto consenso sobre las premisas en las que descansan los postulados de la Revolución Francesa.

* * *

La Revolución Francesa es un paradigma en la trayectoria constitucional de Europa continental y de Hispanoamérica. Lo que en ella ocurrió, los derechos que se consagraron, las normas que se dictaron y los conceptos que se enarbolaron, sirven de modelo, directa o indirectamente, a casi todas las constituciones políticas nacidas en suelo occidental. Sólo el modelo anglo-americano, con sus peculiaridades, seguirá, en parte, su propio curso.

Desde aquel entonces, y por primera vez en la historia de los países cristianos, se establece un Estado laico fundado en el principio de las libertades modernas.

Se podría objetar que su establecimiento no se consolidó inmediatamente, dado que con el Concordato de 1801, celebrado entre la Santa Sede y Napoleón, pareció que Francia volvería a ser católica. Pero lo cierto es que el sentido profundo del impulso revolucionario solo quedó velado durante algún tiempo, aunque vivo a la espera de su total restablecimiento y despliegue. De hecho, la recepción de las libertades modernas en el Derecho público galo[1], que se realizó en marcha rápida en la década revolucionaria (1789-1799), se impuso en marcha lenta durante gran parte del siglo XIX hasta cristalizar en la III República y sus leyes laicas[2]. Lo mismo puede decirse de España hasta la

[1] Sobre la influencia de la Revolución Francesa en el Derecho Público europeo, Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994 y más específicamente, Ib., *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 4ª edición, 1994.

[2] Marcel Gauchet analiza con amplitud este punto, acentuando el carácter parabólico del modelo francés. Le llama la *"fase liberal y republicana del laicismo"*: *"Alrededor de 1800, con la clausura definitiva del decenio revolucionario entramos a otro universo. Los datos y la lógica de nuestro problema sufren una*

Constitución de 1978. El resultado del espíritu de la Revolución Francesa fue siempre el mismo desde el punto de vista jurídico-constitucional: Estado laico y libertades modernas *desligadas* de todo límite trascendente[3].

La Revolución francesa hizo nacer en un solo acto el Estado laico y la protección constitucional de las libertades modernas. En lo que a muchos les parece una feliz concurrencia se esconde en realidad una aporía de difícil solución. El espíritu revolucionario consagró tales derechos en simbólicas Declaraciones mientras el Estado que creaba reducía por la fuerza las libertades asociativas y el vigor popular del catolicismo. Incluso en sus facetas más dinámicas se propuso extirpar la fe y el culto tradicional de Francia, no sólo en la vida pública sino también en la privada[4], hasta alcanzar la genuina libertad de conciencia[5]. La

completa transformación de raíz, aunque la transformación tardará en desarrollarse y realizarse. Entramos en la segunda fase del camino del laicismo: la fase liberal y republicana". Marcel Gauchet, *"La religión en la democracia. El camino del Laicismo"*, El cobre ediciones y editorial Complutense, Madrid, 2003, p. 50. Esta fase, para el autor, se desenvuelve desde el año 1800 hasta el final de la III República, aunque su consumación se encuentra algo antes en la ley de separación de la Iglesia y del Estado de 1905. Ibid., pp. 50-76.

[3] La conclusión no impide considerar que existen diversos modelos de Estado laico, de acuerdo con los compromisos adoptados por el espíritu revolucionario ante la sobrevivencia de la fuerte tradición cristiana en los países europeos e hispanoamericanos. Sobre el *"proceso de secularización de la conciencia y del Estado"* en España, aunque desde un ángulo ardorosamente favorable, Dionisio Llamazares estudia sus numerosas incidencias: las Constituciones políticas de 1812, 1837 y 1845; el Concordato de 1851 y los proyectos constitucionales de 1852 y 1856; la Constitución de 1859; el proyecto de Constitución de la Primera República de 1873; la Constitución de 1876; la Constitución de la Segunda República de 1831; la legalidad del Régimen franquista y los principios del sistema jurídico español vigente a partir de la Constitución de 1978. Dionisio Llamazares F., *"Derecho de la libertad de conciencia"*, Vol. I *"Libertad de conciencia y laicidad"*, Thomson – Civitas, Madrid, 3ª edición, 2007, pp. 134-157; 162-167; 171-177; 305-372. Es útil en el mismo sentido el análisis de Carlos Corral, donde presta particular atención al rol de la Santa Sede en el proceso de "desconfesionalización" de España a partir del Concilio Vaticano II. Carlos Corral S., *"Cuestiones religiosas y Estado español. Régimen jurídico"*, BAC, Madrid, 2007, pp. 82-115 y pp. 154-157. Ambos autores consideran un bien la libertad moderna de conciencia y de religión. El primero hace una apología de ella; el segundo, algo más reservado, omite cualquier análisis problemático al respecto.

[4] La obra clásica sobre el tema es la de Pierre de la Gorce, *Histoire religieuse de la Révolution française*, París, 1911-1922, 5 vols., que cuenta con gran apoyo documental: la legislación revolucionaria, sus normas administrativas, las actas de los sucesivos órganos de gobierno, las sentencias de los tribunales revolucionarios y los informes militares, municipales y policiales. Con posterioridad se han publicado muchas obras de valor. Citamos las que nos parecen las más decisivas: A. Aulard, *Le christianisme et la Révolution française*, París, 1925; J. Lacouture, *La politique religieuse de la Révolution*, París, 1940; A. Latreille, *L'Église catholique et la Révolution française*, París, 1946-1950, 2 vols; Charles Ledre, *L'Église de France sous la Révolution*, París, 1949; Jean Leflon, *La crise révolutionnaire, 1789-1846"*, vol. XX de A. Fliche y V. Martín, *Histoire de la l'Église*, Bloud et Gay, París, 1951; B. Llorca, R. García-Villoslada, F. Moltalbán, *Historia de la Iglesia*, Vol. IV, BAC, Madrid, 1951, particularmente las pp.399-472 consagradas a *La revolución francesa y la Iglesia*, que extiende acertadamente hasta el final del período napoleónico, con una enorme referencia bibliográfica; Jean Dumont, *La Révolution française ou les prodigues du sacrilège*, Criterion, Limoges, 1984, especialmente las pp. 187-335 dedicadas a la tesis de la "esencia anti-cristiana" de la Revolución; Jean de Viguerie, *"Christianisme et révolution. Cinq Leçon d'histoire de la Révolution française"*, Nouvelles Éditions Latines, París, 1986 (con traducción española: Ib., *Cristianismo y Revolución*, Rialp, Madrid, 1991); Nigel Aston, *Religion and Revoluction in France* (1780-1804), Catholic University of America Press, Washington D.C., 2000. Como síntesis enciclopédica es de mucha utilidad el artículo *déchristianisation* de Mona Ozouf, en François Furet y Mona Ozouf (eds.), *Diccionario de la Revolución Francesa*, (varios traductores), Alianza, Madrid, 1989.

mano represora de la Revolución se extendió asimismo al protestantismo y al judaísmo. ¿Cómo armonizar entonces las declaraciones de derechos humanos a favor de la libertades modernas con la sistemática represión revolucionaria de la libertad, la seguridad, los bienes y la vida de quienes se le oponían, documentada recientemente en *Le Livre noir de la Révolution Française* [6]?

Se ha discutido mucho acerca de esta incongruencia. La posición más cómoda es la de considerar sin ulterior crítica los derechos proclamados por la Revolución como *"conquista de la humanidad"*[7]. Bajo el parapeto del carácter universal y abstracto de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, normalmente se elude la problemática de su historia singular, mirándose como algo meramente accidental la violación sistemática y concreta de los derechos garantizados en ella[8].

---

[5] Sobre el problema de la libertad de conciencia, la Revolución impuso seis juramentos "constitucionales" a la población, bajo penas graves. Es útil al respecto, B. Plongeron, *"Conscience religieuse et révolution. Regards sur l'historiographie religieuse de la Révolution française"*, París, 1969 y Jean de Viguerie, *"Christianisme et révolution..."*, op. cit., especialmente pp. 255-303 de la edición española.

[6] AA.VV., *Le Livre noir de la Révolution Française*, Editions du Cerf, Paris, 2008. Son 47 historiadores los que colaboran en esta monumental obra. Entre ellos destacan Pierre Chaunu, Emmanuel Le Roy-Ladurie, Jean Tulard, Reynald Secher, Jean-Christian Petitfils, Jean de Viguerie, Stéphane Courtois, Christophe Boutin, Ghislain de Diesbach, Dominique Paoli y Jean Sévillia. Sobre los crímenes y los métodos de exterminio de la Revolución francesa, así como su encubrimiento bajo el velo de la libertad, existe una amplísima bibliografía en lengua francesa e inglesa. Algunas obras de referencia: René Sedillot, *Le Coût de la Révolution Française*, Perrin, Paris, 1987; Reynald Secher, *La Chapelle-Basse-Mer, village vendeen: revolution et contre-revolution*, Perrin, Paris, 1986; Reynald Secher, *Le Génocide franco-français: la Vendée Vengé*, PUF, Paris, 1986; Max Gallo, *Lettre ouverte à Robespierre sur les nouveaux Muscadins*, Albin Michel, París, 1986; Jacques Solé, *La Revolution en questions*, Seuil, Paris, 1988; Jean-Clement Martin, *Violence et Révolution - Essai sur la naissance d'un mythe national*, Seuil, Paris, 2006; Id., *Blancs et Bleus dans la Vendée déchirée*, Gallimard, Paris, 2008; John Hall Stewart, *A Documentary Survey of the French Revolution*, Macmillan Company, New York, 1951; Donald G. Sutherland, *France 1789-1815: Revolution and Counter-Revolution*, Fontana Press, London, 1985; Hugh Gough, *Genocide and the Bicentenary: The French Revolution and the Revenge of the Vendée en The Historical Journal*, 30, 4, 1987, pp.977-988; Robert Roswell Palmer, *Twelve who Ruled: The Year of the Terror in the French Revolution*, Princeton University Press, Princeton, 1989; Richard Wrigley, *The Politics of Appearances: Representations of Dress in Revolutionary France*, Berg, Oxford, 2002; Caroline Weber, *Terror and Its Discontents: Suspect Words in Revolutionary France*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2003; Edward J. Woell, *Small-town Martyrs and Murderers: Religious Revolution and Counterrevolution in Western France*, 1774-1914, Marquette University Press, Milwaukee, 2006.

[7] Se trata de una conquista muy particular, porque más allá del mito de que la Revolución francesa fue realizada por el "pueblo", lo cierto es que las armas revolucionarias fueron dirigidas contra el pueblo que no quería ser el "pueblo" del sistema político moderno. Sobre el uso de las armas revolucionarias, Richard Cobb, *Les armées révolutionnaires. Instrument de la Terreur dans les départements*, Paris, Mouton, 1961-1963, 2 vols; Georges Carrot, *La Garde nationale, 1789-1871: une force publique ambiguë*, L'Harmattan, París, 2001. Sobre el terror revolucionario hasta el período napoleónico inclusive, Gwynne Lewis y Colin Lucas (eds.), *Beyond the Terror. 1794-1815*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

[8] Por todos, fue la conocida estrategia de Georgio Del Vecchio en su defensa de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano: *"La necesidad de separar el peculiar significado de la Declaración de las complejas vicisitudes históricas de las cuales ésta surge, solo se fue advirtiendo con el progreso de los tiempos, cuando el historiador y el filósofo se vieron colocados, por el cambio de las circunstancias, en condiciones de suficiente objetividad. Esta, sin embargo, se halla lejos de ser completa; tanto, que aún vemos con bastante frecuencia saltar por encima de aquella separación a quienes (y son los más), dispuestos a combatir el espíritu metafísico de la Declaración, pretenden valerse de la anarquía que siguió a aquella, como un argumento eficaz de la tesis que mantienen"*. Georgio Del Vecchio, *Los derechos*

Pero lo cierto es que la interrogante por la violación concreta de las libertades en los días revolucionarios se traslada a su propio diseño conceptual abstracto, y plantea el siguiente problema: ¿dicha transgresión fue una mera inconsecuencia de la Revolución o el significado *moderno* de aquellas libertades exigía su *imposición* absolutista? Si es así, ¿Cuál es ese significado *moderno*? ¿cuál es la razón última de la imposición? ¿Puramente *política*, vale decir, de estrategia revolucionaria, o también *filosófica*, esto es, por imperativo de una profunda lógica doctrinaria?

No podemos, en tan poco espacio, responder cabalmente a todas estas interrogantes. Pero las dejamos abiertas, especialmente en consideración a que, en nuestros medio, los cultivadores del derecho constitucional no acostumbran a formularlas. Sirva el breve estudio que a continuación ofrecemos como un aporte rumbo a la problematización de la materia, sobre la que existe un injustificado –e inusitado– consenso.

Significación histórica, teológica, filosófico-política y jurídica de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, considerada en su conjunto

Los estudios contemporáneos sobre la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 20 de agosto de 1789 (en adelante, la *Declaración*[9]), convienen en señalar su carácter *ideológico*, o si se quiere, sus manifiestas raíces filosóficas ancladas en los ideales de la Ilustración, de tal manera que no es posible hacer una lectura de ella –al menos a nivel científico– sin remitirse a la doctrina que la moldea[10]. La célebre disputa entre Jellinek y Boutmy acerca

del hombre y el contrato social, con prólogo de Fernando de los Ríos U. para la traducción española de Mariano Castaño, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914, pp. 51-52. En esta obra, Del Vecchio defiende la filiación rousseauniana de la Declaración de 1789, contra la tesis de Jellinek, que pretende asignar al documento una primordial influencia norteamericana. Más adelante nos referimos a Jellinek.

[9] *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*, texto original en el sitio del Ministerio de Justicia del Gobierno de Francia:
<http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10086&ssrubrique=10087&article=10116>.

[10] De especial relevancia son las investigaciones que se fundan en los proyectos y debates de la Asamblea Constituyente que dieron origen a la Declaración de 1789. La obra clásica de referencia es la de Émile Walch, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l' Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, París, 1903 y la de Vincent Marcaggi, *Les Origines de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1904, pero han sido ampliamente superadas con el paso del tiempo. De la bibliografía francesa contemporánea son de destacar cuatro obras: Antoine de Baecque, Wolfgang Schmale, Michel Vovelle, *L'An I des droits de l'homme"*, CNRS, París, 1988, que estudia tanto los debates de la Asamblea Constituyente como las distintos proyectos de Declaraciones presentados; Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, París, 1989, con interesantes apreciaciones sobre el sentido revolucionario del documento; Christine Fauré, *Les Déclarations des droits de l'homme et du citoyen; Payot*, París, 1988, con un carácter más divulgativo; y Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, Gallimard, París, 1989, que plasma en profundidad la filosofía subyacente a las Declaraciones, desde la de 1789, hasta la contenida en la Constitución del 5 del Fructidor del Año III (22 de agosto de 1795).

de los orígenes doctrinarios de la Declaración es un tema hoy superado, pues es imposible desconocer la influencia sustancial de los *philosophes* del siglo XVIII en ella[11]. Dicha influencia es indudable desde un punto de vista filosófico conceptual, lo que no impide, por cierto, incluir otros referentes, como el americano, que completan su caudal teórico[12].

A fin de obtener un más acabado análisis de la cuestión, vamos a distinguir entre las diversas significaciones aludidas de la Declaración. Cada significación es desglosada en varias sub-significaciones o temáticas, para una mejor com-

En lengua española puede verse Jesús González Amuchástegui (ed.), *"Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano"*, Editora Nacional, Madrid, 1984, que más bien tiene un carácter de antología. En los *Archives Parlementaires*, (1ère série, 1787-1799), que actualmente lleva el *Institut de la Révolution française*, Paris I, y que admiten consulta vía internet, se encuentran hasta el año 1794 los debates parlamentarios de las Asambleas revolucionarias, los decretos adoptados, los reportes oficiales recibidos de las autoridades locales o de los representantes en funciones, las peticiones dirigidas a los legisladores por las autoridades revolucionarias y las "sociedades populares, etc. Los vols. 1-7 está dedicados a los Estados Generales; los vols. 8-33 a la Asamblea Nacional Constituyente ; los vols. 34-51 a la Asamblea Nacional Legislativa ; los vols. 52-101 a la Convención Nacional (hasta el 20 de noviembre de 1794). Los procesos verbales de las Asambleas (Constituyente, Legislativa, Convención, Consejo de los Quinientos, Consejo de Ancianos) fueron publicados en su época de forma condensada, pero hoy se les conoce en detalle en edición disponible de Georges Lefebvre, Marcel Reinhard y Marc Bouloiseau (Dir.), *"Procès-verbaux des séances de la Convention nationale. Table analytique préparée par l'Institut d'histoire de la Révolution française, sous la direction de Georges Lefebvre, Marcel Reinhard et Marc Bouloiseau"*, Paris, 1959, 3 vols.

[11] Jellinek sostiene el lazo inmediato que une *los Bills of Rights* americanos (particularmente de la Declaración de Virginia de 1776, de Maryland de 1776, de Massachusset de 1780 y de New-Hampshire de 1783) con la Declaración francesa de 1789. A su vez vincula aquellos con las cartas de derechos coloniales del siglo XVII, singularmente la Constitución de Rhode Island de 1663, lo que le da pie para afirmar la tesis de que las Declaraciones modernas se han elaborado a partir de la recepción jurídica de la libertad de conciencia y de religión. Georg Jellinek, *"La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano"*; traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada; estudio introductorio de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000. Pero Jellinek se equivoca de enfoque. Su fallo no radica en señalar la influencia americana, sino en darle una primacía radical. Y lo hace fundado en un estudio poco acucioso de las actas de los Estados Generales y de la Asamblea Constituyente, como puede verse en op. cit. p.90 donde su punto de apoyo más seguro son las Memorias y los proyectos de Lafayette. No hay una sola mención a Sieyès u otros diputados de influencia determinante en la Declaración. Otro error de Jellinek es descartar la influencia del *"Contrato Social"* de Rousseau, basado en que la Declaración marca un principio inverso al del ginebrino al establecer la *"línea de separación eterna entre el Estado y los individuos"* (op. cit., p. 87). M. Boutmy salió al paso de esta tesis, mostrando la repercusión capital de las categorías mentales de Rousseau en la Declaración, pero con cierto exclusivismo que lo llevó a depreciar la influencia americana. Una síntesis de su posición en Adolfo Posada, estudio preliminar, op. cit., pp. 63-73. Al respecto de esta polémica, Marcel Gauchet habla de las *"absurdas querellas, cuyo ejemplo más acabado lo constituye la patriótica disputa entre Jellinek y Boutmy a principios de siglo. Los constituyentes son a la vez gobernados por el ejemplo americano y dominados por el lenguaje del "Contrato Social" (y de algunos otros)"*, influencia que sin embargo es también evolutiva pues está determinada por los condicionamientos y las necesidades de una Revolución en curso. Marcel Gauchet, *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en François Furet y Mona Ozouf (eds.), *Diccionario de la Revolución Francesa*, (varios traductores), Alianza, Madrid, 1989, p. 562.

[12] Gauchet estudia de qué manera la Declaración francesa integra los *Bills of Rights* americanos superándolos. Porque la dimensión política de la Declaración contiene la meta revolucionaria de destruir el *Ancien Régime* y de desvincular a los hombres de sus lazos tradicionales e históricos a través de una nueva legitimidad estatal-nacional. Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., pp. 36-59.

prensión del análisis. Sin embargo, por razones de espacio, no podemos profundizar en cada una de ellas. En descargo, las descripciones que se formulan en cada caso bastan para identificar sus rasgos específicos.

Para explicitar los significados de la Declaración de 1789 hemos tenido a la vista principalmente el estudio histórico conceptual de Marcel Gauchet *La Révolution des Droits de l'Homme*[13]. En primer lugar, por una razón científica. La obra es un referente en la materia. No sólo analiza las abundantes fuentes históricas de la Declaración, que conoce de primera mano, sino que además discierne el influjo preciso de las ideas iluministas y revolucionarias. Asimismo, incorpora las acreditadas investigaciones precedentes de Antoine de Baecque, Wolfgang Schmale, Michel Vovelle y Stéphane Rials, que ya hemos citado. El segundo motivo de nuestra elección es criteriológico: la orientación del autor es nítidamente moderna, favorable, en general, a la obra de la Revolución, por lo que su análisis no puede ser acusado de sufrir pre-conceptos partidistas, con lo que nuestra explicitación gana en objetividad.

Sin perjuicio de lo anterior, aprovechamos también los estudios críticos de la Declaración que provienen, en su mayoría, de autores comremporáneos opuestos a la Revolución Francesa[14].

1. Significado histórico de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789

1.1. La Declaración representa la nueva ideología de la "Libertad" y la "Igualdad" abstractas

La Declaración no tiene como objeto fundamental, como hoy se cree, proclamar los derechos naturales del hombre, a fin de proscribir para siempre la arbitrariedad política y el abuso jurídico. Va mucho más allá del discernimiento de las contingencias históricas de la extensión del poder político y de su deseo de limitarlo. Ella tiene como meta fundamental insertar simbólicamente en el dinamismo de los hechos históricos una *nueva ideología política*, articulada sobre el principio abstracto de la libertad e igualdad revolucionarias, conciente de que con ello se violan los derechos y libertades concretas del orden vigente.

[13] Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, Gallimard, París, 1989; Ib., *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en François Furet y Mona Ozouf (eds.), *Dictionnaire de la Revolution Française"*, ed. cit., p. 558-562.

[14] Jean-Marc Berthoud, *Une religion sans Dieu. Les droits de l'homme contre l'Évangile*, La Fronde, L'Age D'Homme, Paris, 1993; Jean Madiran, *Les Droits de l'homme. Droits de l'Homme sans Dieu*, Éditions de Présent, Maule, reimp. 1995; Thierry Martin, *Les droits de l'homme, outils de destruction de la civilisation chrétienne*, en Civitas n° 8, mars 2003; Claude Polin, *L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes*, en Catholica, n° 107, Printemps 2010, pp.14-30 y Henri Boissonet, *¿Ha reconocido la Iglesia los derechos del hombre proclamados por la Revolución Francesa?*, en Verbo, Serie IV, n°s 37-38, s/f, pp. 491-498.

Lo anterior hace comprender por qué Robespierre, uno de los representantes más agudos del terror revolucionario, sostiene que la Revolución Francesa es *"la primera revolución fundada sobre los derechos humanos"* [15]. Gauchet observa que este sentimiento de Robespierre amerita ser tomado en serio, porque,

> *introduce una dimensión esencial e ignorada del acontecimiento, a saber, la cristalización de una lógica política destinada a pesar sobre el curso entero de la Revolución, y por tanto, la instalación de la libertad y la igualdad de los individuos en un rol inaugural y seminal que representa efectivamente un momento decisivo*[16].

1.2. La Declaración supone una recomposición revolucionaria del espacio político, social y económico

Los derechos proclamados por la Declaración tienen una labor radical: servir a la recomposición del espacio colectivo político, social y económico de acuerdo a los ideales revolucionarios de libertad e igualdad, previa destrucción, violenta si es necesario, del orden histórico precedente.

Gauchet constata al respecto:

> *La radicalidad de esta experiencia de fundación obliga a volver a mirar estos derechos que se han formado de otra manera a como nosotros estamos acostumbrados a considerarlos. Ello pone al desnudo, junto a las garantías que prometen a las personas, la exigencia de recomposición del espacio colectivo que constituye su verdad profunda*[17].

1.3. La Declaración, ilustrada como si fuera un nuevo Decálogo, se atribuye el valor de un "catecismo nacional" laicista, racionalista, individualista y democrático-totalitario

La Declaración de 1789, a pesar de ser un texto inacabado y pronto sustituido por otras Declaraciones, estableció el espacio intelectual y simbólico dentro del cual se mueve toda la cultura política de la Revolución[18]. Se trata de un auténtico *Catecismo nacional* como le llama *Barnave*, que formula una doctrina

---

[15] Maximilien Robespierre, *Oeuvres complètes*, Société des études robespierristes, París, 1967, Vol. X, p. 544.

[16] Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., p. IV.

[17] Ibidem.

[18] *"La Declaración adoptada el 26 de agosto del 89 es reemplazada por una nueva en la Constitución del 93. Esta por su parte es reemplazada por una Declaración de Derechos y deberes del ciudadano en la Constitución del año III. Y sin embargo la primera ha quedado como la buena... La mirada retrospectiva ha endurecido en exceso la oposición de los lenguajes y de las intenciones entre la prudencia burguesa, la audacia jacobina y el espanto termirodiano. Las opciones divergen, pero el espacio intelectual es el mismo...* (No hay que olvidar que la Declaración del 89) *está lejos de ser la obra maduramente sopesada...; en*

de los derechos humanos de acuerdo al ideal de la modernidad política: laicista, racionalista, individualista y democrático-totalitario.

> *Lo que importa es reconstruir en este texto fijado el 26 de agosto de 1789 es el despliegue de una manera de plantear el problema de los derechos del hombre. Una manera "matricial". En este dominio, como en una gran parte de la cultura política de la Revolución, la radicalización interior más que innovar explotará de otra forma las virtualidades inicialmente presentes, lo mismo que la reacción termidoriana mantendrá la inspiración inicial en medio del esfuerzo por desactivarla y contenerla. Hay una unidad intelectual del proceso revolucionario que convierte en particularmente crucial el análisis del momento de la cristalización. Los derechos del hombre constituyen una pieza eminente del dispositivo* [19].

En este dispositivo juegan un papel importante los *Bills of Rights* americanos, que sirven, paradójicamente, para consolidar el carácter abstracto-universalista y democrático-totalitario de la Declaración, al ofrecer un incentivo histórico accidental de referencia que permite bordear el ejemplo de la constitución inglesa y su formación anti-racionalista, anti-abstractivista y tradicional[20].

Porque la Declaración francesa no sólo tiene una preocupación "protectora" de los derechos individuales, sino también "fundadora" del poder en relación a los individuos, sujetos de tales derechos[21], a los ciudadanos. En este sentido, Sieyès,

> *reprocha a las Declaraciones americanas... el haber mantenido una imagen anticuada del poder y de sus limitaciones, imagen inaceptable "para un pueblo que se adentra en su soberanía completa. En esta suposición –escribe– una Declaración de Derechos debe cambiar totalmente de naturaleza y espíritu". No se trata de enumerar prerrogativas sino de dilucidar analíticamente los principios de la mejor constitución política posible*[22].

De donde se deduce que el carácter racionalista y abstracto de los derechos humanos están al servicio de la "regeneración" política libertaria e igualitaria, operada históricamente por la Revolución, través de la implantación del Estado y la succión de todos los poderes extra-estatales.

---

realidad, es un texto inacabado, interrumpido al comienzo de la sesión del 27 de agosto del 89, por el acuerdo unánime sobre la necesidad de consagrarse en prioridad, a una tarea más urgente, la de la Constitución". Marcel Gauchet, *"Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano"*, en François Furet y Mona Ozouf (eds.), *"Dictionnaire de la Revolution Française"*, ed. cit., p. 558.

[19] Ibid., p. 558-559.

[20] *"No hay duda de que el ejemplo americano asume un papel capital en la Declaración Francesa. Es altamente simbólico que el primero en presentar un proyecto de Declaración a la Asamblea sea (el Marqués de) La Fayette, el héroe de la independencia americana... Le ofrece incluso a los más avanzados bordear el ejemplo de la constitución inglesa y su sedimentación "gótica".* Ibid., p. 559.

[21] Ibid., p. 561.

[22] Ibid., p. 560.

2. Significado teológico-político de la Declaración de 1789

2.1. La Declaración, en su lectura más radical, representa la expulsión del Dios cristiano, de su verdad, de su ley y de su orden del espacio político, y la demanda simbólica del "seréis como dioses" por parte de la modernidad política

La Declaración opera el cambio histórico que va de los derechos de Dios a los derechos del ciudadano. Al injertar esta mutación en el mundo moderno, agrupa los torrentes no sólo de la Ilustración, sino también de la Reforma protestante, la primera en señalar los derechos de la conciencia autónoma frente a la autoridad eclesiástica. La Ilustración rompe los diques y reivindica la libertad frente a la verdad divina y frente a todo vínculo moral y jurídico que no sea consentido por el individuo. La Declaración plasma este *"alejamiento de lo divino"* de la libertad de conciencia moderna alimentando de un modo definitivo la reconstrucción de un orden jurídico y político sin Dios como referencia de los deberes sociales y políticos primarios.

Gauchet explora el significado teológico político de la Declaración y de la libertad de conciencia moderna, vinculándolo, en primer lugar, al espíritu del protestantismo. Sostiene que la lógica de la revolución religiosa del siglo XVI exige hacer desaparecer la necesidad de mediación espiritual y temporal entre el cielo y la tierra:

> *Las condiciones de la creencia y de la obediencia han sido radicalmente cambiadas. La relación con Dios no exige (ahora) pasar por un intermediario: ella demanda, a la inversa, el acto de fe de una conciencia autónoma. La legitimidad religiosa bascula hacia el creyente individual, liberándose un inmenso potencial de subversión que hará sentir sus efectos mucho más allá de la Reforma protestante en sus consecuencias políticas, a través de la Revolución inglesa, la fundación colonial americana, hasta alcanzar la virulencia específica de la Revolución Francesa en el terreno religioso*[23].

El paso siguiente es la expurgación de lo invisible –el Dios cristiano y su reino– del espacio político, mediante la transferencia conceptual del derecho de Dios a los derechos del hombre:

> *Es en la misma fuente del alejamiento de lo divino que se alimenta la reconstrucción científica de la imagen de mundo objetivo y vuelto pensable en su puro mecanismo por expurgación de lo invisible. Es en el cuadro de este distanciamiento general de Dios, de su criatura y de su mundo que se opera la*

[23] Marcel Gauchet, *"La Révolution des Droits de l'Homme"*, op. cit., pp. 16.

transferencia conceptual decisiva del derecho de Dios al dominio creado por el hombre, quien se reconoce por nacimiento y por esencia con el derecho de apropiarse de todas las cosas. El hombre de los derechos del hombre surge de la secesión divina, que le deja en su soledad de origen ante un universo vacante donde libremente desarrollar sus poderes[24].

2.2. La Declaración es el "Credo" de la Modernidad en oposición al Credo cristiano

Jules Michelet, uno de los creadores de la mitología histórica de la Revolución Francesa, denominó a la Declaración *"el Credo de la nueva edad"*, destinado a sustituir al Credo cristiano[25]. Jean Madiran observa al respecto que uno de los objetivos esenciales del famoso documento no es sólo eliminar la legítima autoridad política humana –aquella no fundada en el contrato social artificial– sino también, y, sobre todo, rechazar *la soberanía política de Dios y la autoridad de su ley* [26].

La nueva profesión de fe de los derechos humanos representa, en este sentido, el culto al hombre y a su obra política, que reemplaza el culto a Dios y a su orden divino-natural. De hecho, la Declaración fue representada oficialmente en forma de Tablas de la Ley, remedo del Decálogo judeo-cristano, según el diseño de Jean-Jacques-François Le Barbier (1738-1826).

2.3. La Declaración concluye la "revolución de la mediación sacral"

Para Gauchet, la Declaración concluye solemnemente la "revolución de la mediación sacral" (*"la révolution de la médiation sacrale"*) que venía siendo realizada gradualmente por la vía del iusnaturalismo racionalista y de la monarquía absoluta.

El iusnaturalismo cambia la naturaleza del vínculo social al teorizarlo con dotes contractualistas e individualistas. Surge el postulado común de que la sociedad sólo se constituye y se mantiene por el pacto social de los individuos independientes.

La monarquía absoluta transforma el rol del poder. De una posición de preeminencia relativa en una economía de asociación de lo visible con lo invisible, el soberano pasa a una posición de preeminencia absoluta al interior de un espacio de hombres y de cosas que se afirman sobre sí mismos[27].

[24] Ibid., pp. 16-17.
[25] Citado por Jean-Marc Berthoud, *Une religion sans Dieu. Les droits de l'homme contre l'Évangile*, op. cit., p. 38.
[26] Citado por Jean-Marc Berthoud, Ibid., p.41.
[27] Marcel Gauchet, *"La Révolution des Droits de l'Homme"*, op. cit., p. 18.

La Declaración habla el lenguaje de los derechos del hombre y del ciudadano porque detona de manera definitiva *la transformación del modo de ser de la sociedad y de la figura de la autoridad*, anticipada por el iusnaturalismo y la monarquía absoluta, respectivamente.

> *Como la Iglesia, el rey cesa de ser un intercesor obligado... (a lo más) lo es a título de representación de una ausencia y no más de la encarnación de la continuidad entre un aquí abajo y un allá arriba. Es símbolo de un invisible que no admite más manifestación tangible* [28].

Esto produce la inmanentización total de la sociedad y del orden político y permite la emergencia del Estado soberano:

> *Sobre este cambio teológico se opera la reconstrucción del pensamiento y la recomposición de la práctica de la política moderna... Unificación y monopolización de los vínculos de la sociedad por una instancia específica claramente política: es aquí donde conviene situar la emergencia del Estado moderno. Los verdaderos vínculos del conjunto son en adelante queridos y definidos por el poder público en un acto donde él involucra de un solo golpe a la colectividad entera..... El Soberano ignora, en su preeminencia institucionalizada, toda especie de forma de sociabilidad ya constituida*[29].

2.4. La Declaración atribuye derechos a un individuo sin vínculos ontológicos y morales con Dios

La Declaración redefine el fundamento de toda legitimidad política *a partir del individuo*. Esto supone una mutación teológico política:

(i) Por una lado, se estructura la soberanía del Estado moderno que no reconoce una autoridad religiosa o moral sobre sus propios dictámenes. El Dios cristiano ha sido exiliado de la vida política.

(ii) Por otro, se configuran los derechos de la persona desde el presupuesto a-histórico del atomismo individual, cuya base es la autonomía moral y la prescindencia ontológica de un Dios personal.

A este propósito, precisa Gauchet:

> *El problema histórico de los derechos del hombre... es la mutación teológico-política que ha revuelto desde el siglo XVI el conjunto de condiciones intelectuales de la determinación de su sustancia y de sus fines. La soberanía del Estado,*

[28] Ibid., p. 17.
[29] Ibid., p. 18.

de un lado, la representación de los individuos, de otro lado: las dos líneas de práctica y de pensamiento que poseen el mismo origen. Ellas se despliegan en paralelo y es su conjunción que formará el elemento explosivo de la Revolución Francesa.

De donde se discierne uno de los mayores motivos de diferencia con la Revolución americana: rama tempranamente cortada de la batalla decisiva del viejo mundo en torno a la autoridad y a la libertad en la fe. La descendencia puritana no tendrá que afrontar, en la secesión del nuevo mundo, el problema de remodelar la matriz política y social, estatal y nacional del individuo [30].

3. Significado filosófico político de la Declaración

3.1. Teoría de la libertad negativa y sumisión absolutista al Estado

En la Declaración de 1789 existen varias referencias a la teoría de la libertad moderna, que esencialmente es la libertad *negativa*. Su núcleo aparece en el art. 4, si bien se encuentra como principio general subyacente a las diversas formulaciones que consagran la libertad como derecho individual. El art. 4 dispone que,

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a un tercero; por tanto el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley [31].

La disposición citada connota dos extremos de suma importancia cuya estructura atraviesa toda la Declaración. Por un lado, está la libertad concebida en su aspecto *negativo* como autonomía desvinculada de cualquier lazo político, social o moral que no sea consentido por el propio individuo. Por otro, se encuentra el Estado, la República, la soberanía de la Nación, la ley, la "voluntad general" –usos sinonímicos de una misma categoría revolucionaria– que en nombre de la libertad y de la igualdad fija los límites de la libertad[32].

[30] Ibid., p. 15.

[31] *"La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi"* (Art. 4). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[32] Gauchet observa que la Declaración en su artículo 4 proclama la libertad, pero enseguida la coloca bajo la tutela de la ley, dado que por definición el imperio de ésta comprende la totalidad de las relaciones posibles entre actores libres e iguales. Asimismo, en el artículo 2 consagra la resistencia a la opresión, para establecer al mismo tiempo en el artículo 7 *"que todo ciudadano llamado o designado en virtud de la ley debe obedecer en el acto; su resistencia le hace culpable"*. También el artículo 5 dispone que *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena"*, pero con ello concede al poder político el

El núcleo íntimo del primer extremo es la libertad de conciencia moderna, esencialmente desvinculada en el plano moral, de donde resulta *el poder hacer lo que se quiera* sin más límites subjetivos que el respeto por el derecho ajeno (art. 4). Como explica Sieyès *"los derechos del hombre se reducen a uno solo: no se puede forzar a otro, hay que dejarlo libre"* [33].

Es que la *"libertad"* es uno de *"los derechos naturales e imprescriptibles del hombre"* [34], reza el art. 2. Como libertad negativa, es una libertad acerada para abolir las obligaciones que nacen de la religión revelada y de la ley moral trascendente, que en el orden histórico se concreta en la autoridad de la Iglesia Católica, de la ley moral cristiana y de la ley natural, reconocidas como referentes normativos de la vida pública de la época. Es el enemigo a derrumbar. Es la causa *liberadora* por la que también se consagra la inviolabilidad de la libertad de pensamiento y de opinión, para luego *re-ligarla* a la ley estatal revolucionaria, a la que los ciudadanos quedan sometidos sin discusión:

> *La libre comunicación del pensamiento y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente, salvo su responsabilidad por los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley* (Art.11)[35].

Pero, como explicita Gauchet,

> *El principio general de la libre coexistencia –poder hacer aquello que no dañe a los otros– tiene el inconveniente, en su abstracción, de dejar en la vaguedad las modalidades efectivas del arbitraje. De donde la apelación a la ley que es la garantía de que todos serán tratados bajo las mismas condiciones, y nadie podrá imponer a nadie la arbitrariedad de su voluntad singular... Pero entonces la garantía de los derechos es amenazada por su absorción pura y simple en la esfera de la ley* [36].

Efectivamente, en la Declaración de 1789 figura, a la par que la libertad, la ley positiva como expresión de un Estado centralizado en expansión. Sin ir más lejos se puede observar que en el mismo artículo en que se proclama la libertad

imperio sobre los derechos individuales, por lo que un siglo más tarde la Constitución francesa de 1875 no tendrá problemas en invocar este art 5 para someter los derechos individuales a la reglamentación de la ley. Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 119-121.

[33] Citado en Ibid., p. 120.

[34] *"Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression"* (Art. 2). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[35] *"La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"* (Art. 11). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[36] Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 120.

de hacer lo que se quiera en el plano individual, se establecen los límites extrínsecos en el ámbito social, que sólo pueden ser *"determinados por la ley"* (art. 4). Siguiendo a Rousseau, se supone que la ley es por conformación necesaria *"expresión de la voluntad general"* (art.6). Como tal, deben disolverse todos los vínculos religiosos, morales, sociales y políticos que al interior de la sociedad no sean establecidos por ley, la que adquiere así un carácter sagrado: *"no puede impedirse nada que no esté prohibido por la ley; y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena"* (art. 5)[37].

La ley del Estado no reconoce una ley superior a su propia voluntad. Es soberana y representa axiomáticamente a la nación: *"el origen de la soberanía reside esencialmente en la nación"* (art.3)[38]. La ley es siempre justa, porque siempre expresa lo que los ciudadanos quieren realizar una vez constituida la sociedad por el pacto social. *"La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre"* entre los que se encuentra *"la libertad"*, recuerda el art. 2.

A este propósito, Talmon repara que la estructura política que la Revolución establece la *"realiza la voluntad del pueblo que, al ser la única fuente de legalidad, se pone en el lugar del poder del rey y de la autoridad de la tradición. Cuando* (de acuerdo al ideal de Sieyès) *la nación sea dueña de sí y se reúna para expresar su sentir* (a través de la voluntad de los individuos despojados de cualquier otro atributo que no sea la ciudadanía), *todas las leyes e instituciones establecidas se harán nulas y vacías"* [39]. Con ello se abre el camino a,

> *la centralización democrática que sirve para que el brazo del poder central, libre y robustecido a su vez, con la idea del interés nacional como predominante... barra todos los grupos intermedios de actividad social, ya fueran funcionales, ideológicos, económicos o locales* [40].

En fin, la desvinculación de la que hace gala la Declaración se proyecta a toda autoridad o privilegio social y político, incluso al mérito no revolucionario:

> *Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos* (art. 1)[41].

---

[37] *"La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas"* (Art. 5). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[38] *"Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément"* (Art. 3). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[39] Jacob Leib Talmon, *Los orígenes de la democracia totalitaria* (traducción de Manuel Cardenal Iracheta), Aguilar, México, p. 80.

[40] Idem, p. 82.

[41] *"Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits...."* (Art. 1). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit. Hoy cuesta comprender la radicalidad con que fue ejecutado este

En este contexto, Gauchet precisa que en la Declaración,

> *La aspiración a una mayor independencia desemboca en una mayor obligación de pertenencia* (a la sociedad)... *De la inspiración liberal se pasa fácilmente a la tentación autoritaria* [42].

La Constitución de 1791 explicita lo establecido en la Declaración: *"no hay en Francia autoridad superior a la de la ley"*. Se trata de la preeminencia del legislador devenida en principio, que prohíbe a los ciudadanos erigirse en censores de las opciones del Estado y permite transmutar la voluntad general en actos particulares de gobierno, de acuerdo a la definición rousseauniana del mismo. *"Se discierne en ello por qué la Revolución fundada en la teoría de los derechos del hombre, fracasa en cuanto a concebir y establecer el régimen que los garantice"* [43].

El problema, sin embargo, no se detiene en la ambivalencia de la Declaración que permite y fomenta el hiato entre la teoría de la libertad y la práctica de la sumisión absolutista al Estado. Hay que preguntarse si desde algún ángulo la libertad de conciencia moderna, consagrada en la Declaración, facilita el despotismo de la ley y la centralización estatista del poder político y jurídico de la sociedad. ¿Es posible plantear la relación entre libertad y ley como retroalimentación?

Es evidente que sí. La libertad revolucionaria al cortar todos los vínculos previos al contrato social ha dejado el campo libre al crecimiento del poder del Estado –del poder de la legalidad positiva– que no encuentra otra instancia ante la cual detenerse más que la propia voluntad. Máxime cuando esa voluntad se dice representante de todos, encarnada en la Nación, la República, el pueblo o la Democracia. La voluntad de asegurar la independencia natural de los individuos conduce en su lugar a la dependencia absoluta del nuevo poder social y político, el Estado moderno, el Leviatán[44].

principio. Se llevó a tal extremo que el 30 de julio de 1791 la Asamblea Constituyente suprimió todas las condecoraciones, salvo la orden de San Luis que fue abolida más tarde el 28 de julio de 1793. Lo que no impidió –acaso la ley revolucionaria no representaba la "Libertad" y la "Igualdad" en sí misma?– que el Directorio reestableciera las recompensas nacionales para los ejércitos de la Revolución. La Constitución del año VIII instituyó asimismo recompensas individuales para los servidores de la República: armas de honor grabadas en oro. Napoleón creó la orden de la legión de honor. Jean Tulard, Jean-François Fayard, Alfred Fierro, *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa* (varios traductores), Cátedra, Madrid, 1989, p. 711.

[42] Marcel Gauchet, *"Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano"*, op. cit., p. 566.

[43] Ibid., p. 567.

[44] El abate Sieyès explota explícitamente esta consecuencia. Para él *"la irresistibilidad del poder político resulta de la participación general, en cuanto la libertad de cada uno se expande y se experimenta a través de la autoridad de todos. La inmediata conversión de la independencia de los individuos en el poder colectivo hace converger la ambición de desplegar los derechos del hombre en su plenitud con la preocupación conservadora de regularlos o de encuadrar su expresión (...) La expresión de la libertad es indisociable de la afirmación de la autoridad en la cual se prolonga, siendo la ley su instrumento"*. Citado por Marcel Gauchet, op. cit.,

La redención a través de la ley y del Estado, que encarnan en el espacio colectivo la libertad moderna *desligada*, es retratada con tintes religiosos en la simbología de la Revolución, que habitualmente remeda los conceptos de la teología católica, y los utiliza de manera secularizada. En el *"Ça ira"*, que llega a ser más popular que la *Marseillaise*, y que el Directorio ordena que se cante en las fiestas revolucionarias, se lee:

> *Todo irá, todo irá, todo irá. Siguiendo las máximas del Evangelio, del legislador todo se cumplirá, el que se eleva será humillado, el que se humilla será ensalzado. Sí, todo irá, todo irá, todo irá. El verdadero catecismo nos instruirá y el fanatismo horroroso se apagará. Para ser dócil a la ley todo francés se ejercitará* [45].

El Evangelio es aquí el Estado revolucionario, el catecismo es la ley y el fanatismo horroroso el cristianismo. El hombre libre es forzado ahora a ser sumiso con la nueva configuración absolutista del poder.

3.2. La Declaración encarna una "nueva legitimidad" política que subvierte el orden natural y cristiano

En el acápite anterior, enunciamos que la Declaración redefine el fundamento de toda legitimidad política a partir del individuo. Es ésta una importante significación filosófica política. Pero hay que precisar bien su sentido y contexto.

---

p. 565. Sobre el pensamiento de Sieyès en este punto, Ramón Máiz, *Estado constitucional y gobierno representativo en E.J. Sieyès*, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), n° 72, Abril-Junio 1991, pp. 45-88, particularmente los acápites II. *"La nación como colectividad de productores de valor"* (pp. 53-56) y III. *"El Estado como realización jurídica de la libertad"* (pp. 56-61), con amplias citas de Sieyés, que el autor, por lo demás, ha vertido al español en Ramón Máiz (comp.): *E. Sieyès: escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1990 y *E. Sieyès: el tercer estado y otros escritos de 1789*, Madrid, 1991. También es útil Alain Laquièze, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXéme et du Xxéme siécles*, en *Historia Constitucional*, Revista electrónica, n° 6, 2005, en <http://hc.rediris.es/06/index.html>, pp. 229-261, especialmente la parte II *Sieyès, théoricien de la souveraineté nationale* (pp. 248-261). Tanto Máiz como Laquièze, especialistas al igual que Gauchet en el pensamiento de Sieyès, lo presentan en la materia que tratamos de una manera bastante más matizada. Destacan en el pensador revolucionario su noción de poder político marcada por el límite constitucional. Sin embargo, ambos autores eluden situar el pensamiento de Sieyès en el contexto histórico para el cual es funcional y que él mismo teoriza: la obra demoledora de la Revolución de todo poder que no provenga de la soberanía nacional. En este aspecto, parece más lúcida la posición de Gauchet o de Talmon, que permiten considerar de qué manera los planteamientos constitucionales de Sieyès suponen construir ex-novo el espacio político y social colectivo. La opinión de Jacob Talmon en op. cit., Parte II, Cap. V, *La Revolución de 1789-Sieyès*, pp. 75-84.

[45] Citado por Jean Tulard, Jean-François Fayard, Alfred Fierro, op. cit., p. 607. El original francés dice: *Ah! ça ira, ça ira, ça ira ! Suivant les maximes de l'évangile/ Du législateur tout s'accomplira/ Celui qui s'élève on l'abaissera/ Celui qui s'abaisse on l'élèvera./Le vrai catéchisme nous instruira/ Et l'affreux fanatisme s'éteindra./Pour être à la loi docile/ Tout Français s'exercera. Y agrega : Ah ! ça ira, ça ira, ça ira / Malgré les mutins tout réussira./ Nos ennemis confus en restent là/ Et nous allons chanter «Alléluia !»*. Texto completo en: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Ah_!_%C3%A7a_ira>.

La Revolución Francesa necesita invocar una nueva legitimidad para oponerse a,

> *la formidable figura tutelar (del antiguo régimen), enraizada en los siglos y en la fe, rica en la herencia de una obra inmensa*[46]. *Se trata de anclar el poder revolucionario sin olvidar disolver el edificio jerárquico de los órdenes, cuerpos y privilegios que le han precedido*[47].

¿Cómo hacerlo? Apelar a una asamblea constituyente que represente al pueblo soberano es una idea demasiado nueva para ser asimilada por la población, aún apegada a la monarquía. Además, la asamblea misma necesita invocar una legitimidad previa, que no sea la legitimidad monárquica. Pero la asamblea se ha atribuido a sí misma el ejercicio del poder constituyente, sin una representatividad que la aquilate, como confiesa Sieyès a la cabeza de su proyecto de Declaración de derechos del hombre[48]. Es aquí donde entra el rol político de la Declaración de 1789.

> *En efecto, la Declaración va a llenar un papel de sustituto de este déficit, puesto que se supone que la Constitución sale directamente de la autoridad de los principios "inalienables y sagrados" de toda sociedad, que la Asamblea se limita a exponer y servir... De ahí también el apremio de universalidad que pesa en su redacción*[49].

La estrategia política de la Declaración es perfecta. Es *radical en el fondo pero moderada en la práctica*. Como observa Gauchet, *satisface las exigencias de la regeneración revolucionaria* (instauración de la legitimidad nacional democrática), pero lo hace cuidadosamente, *sin chocar de frente con* la legitimidad dinástica. Afirma la plenitud y preeminencia del legislativo, pero admite la posibilidad de un ejecutivo monárquico. La Revolución vence oculta en los pliegues de lo que quiere arrasar:

> *En definitiva, la "voluntad general" triunfa porque respeta el puesto del Rey mientras ofrece la versión más radical del nacimiento de una legitimidad colectiva a partir de los individuos. Se ajusta a la "soberanía nacional" lentamente elaborada por el Estado absolutista en fase de escapar a su titular originario, pero la voluntad general se impone como la traducción en acto de dicha soberanía* [50].

[46] Ibid., p. viii.
[47] Ibid., pp. vii-viii.
[48] Cfr. Marcel Gauchet, *"Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* en François Furet y Mona Ozouf (eds.), *"Dictionnaire de la Revolution Française"*, ed. cit., p. 561.
[49] Ibidem.
[50] Ibid., p. 562.

Desde el punto de vista de la nueva legitimidad política que encarna, la Declaración proyecta la herencia histórica de la monarquía absoluta –soberanía de derecho divino– en el esquema filosófico laicista –soberanía nacional democrática– de los *philosophes*:

> *La nueva legitimidad política cubre las diversas caras del poder social, ausencia intensamente vivida con la disolución del universo de las dependencias y de los privilegios. La vinculación orgánica de los seres y el mando sobre las personas es sustituido por el reino de la ley, es decir, ese modo de relación de los individuos en que la obligación respeta su desvinculación primordial* [51].

> *Las declaraciones de derechos no serían difíciles –observa "Le Courrier de Provence"– si al declarar lo que debe ser no se hiciera un manifiesto contra lo que es"* [52]. *La necesidad de dejar bien asentada su legitimidad como representantes de la Nación conduce a los diputados a remontarse a los primeros principios de toda sociedad y a apoyarse en su autoridad. Tienen una conciencia muy clara de que no se trata para ellos de proclamar en abstracto algunas verdades de la naturaleza, sino de realizar literalmente la recomposición de una sociedad, sociedad de la que es difícil ignorar qué lejos está en su realidad presente de la norma que se decreta*[53].

La cita avala la interpretación contra-revolucionaria de que la Revolución francesa no fue obra del pueblo, sino que fue una *imposición al* pueblo. La sociedad real estaba muy distante de la sociedad pensada por los ilustrados y los revolucionarios, por lo que los órganos de la Revolución decretaron la cirugía forzosa de la fisonomía de la nación. La Declaración de 1789, a través de su nervio filosófico contractualista, individualista a la vez que legalista, sirvió de divisa a la nueva legitimidad política.

Henri Boissonet apunta, en este sentido, que la Declaración de 1789, mediante la estrategia de mezclar lo falso con lo verdadero y el expediente de las proposiciones de doble sentido[54], divulgó para los oídos revolucionarios una concepción política *diametralmente opuesta a la concepción católica de la noción del orden del universo, del origen del poder público, de la sumisión a la ley divina y a la ley humana, de la organización de la sociedad mediante los cuerpos intermedios*[55].

---

[51] Ibidem.
[52] Citado en Ibid., p. 563.
[53] Ibid., pp. 562-563.
[54] *"Mezclar lo falso, lo verdadero y lo ambiguo es la táctica habitual de aquellos que saben difundir con eficacia el error. En efecto, el error penetra mucho más fácilmente en los espíritus cuando se disfraza con un poco de verdad y se apoya sobre proposiciones de doble sentido que permiten conciliar lo inconciliable".* Henri Boissonet, op. cit., p. 493.
[55] Ibid., p. 497.

3.3. La Declaración como símbolo de la lucha contra el principio de autoridad y de jerarquía

La Revolución Francesa sólo pudo llevar a cabo la destrucción de la sociedad antigua, postrando –por medio de la organización y aplicación del terror cuando era necesario– no sólo a las autoridades políticas, religiosas y morales que la sustentaban sino sobretodo –hecho inédito en la historia política– socabando el principio mismo de autoridad, sustento de la jerarquía natural y social.

Plinio Corrêa de Oliveira precisa a este propósito:

> *Según la expresión del Abbé Sieyès –uno de los fundadores del club de los jacobinos, el más radicalmente revolucionario– la sociedad jerárquica anterior a la Revolución Francesa constituía una cascada de desprecios. Esa cascada de desprecios existiría porque la sociedad está basada en la desigualdad.*
>
> *Para que comprendamos el hilo conductor de la Revolución Francesa... es preciso comprender la sed ilimitada de igualdad absoluta, que es el motor de la Revolución universal... La Revolución Francesa mató, quemó, incendió, profanó, blasfemó y practicó todos sus horrores para satisfacer esa sed de igualdad...*
>
> (La Revolución) *es el partido de la envidia y de la igualdad, deseoso de liberarse, ahora, aquí y para siempre, de superioridades, obediencias y autoridades*[56].

En esta perspectiva, la Declaración de 1789 encubre la negación del principio de autoridad religiosa y política. Al respecto, reconoce Gauchet:

> *En el combate por el último principio de autoridad que ha sido acorralado* (por la Revolución), *la Declaración es su arma mayor* [57]. En ella *se define, en la práctica y en el pensamiento, una figura fundamental del poder, de sus bases, de sus fines y de sus medios, que, bajo expresiones aparentemente divergentes gobernará la secreta unidad de la tentativa revolucionaria, más allá de la contradicción de sus frases* [58].

3.4. La Declaración como proclama de la muerte del "Ancien Régime"

De la comparación entre la Declaraciones de derechos norteamericanas y la francesa, surge una significación política de esta última bastante peculiar. En

---

[56] Plinio Corrêa de Oliveria, *Uma revolução igualitária movida pela inveja*,en Catolicismo, n° 475, Julho de 1990, edición digital en: http://www.pliniocorreadeoliveira.info/DIS%20-%2019890823_Revolucaofrancesamovidapelainveja.htm

[57] Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., p.v.

[58] Idid., p. v-vi.

el proceso de elaboración de la Declaración de 1789, lo intuyó La Fayette al afirmar:

> *Pensad en la enorme diferencia que hay entre un pueblo naciente que se anuncia al universo, y un pueblo antiguo, inmenso, uno de los primeros del mundo que se ha dado una forma de gobierno hace mil cuatrocientos años*[59].

Si la Declaraciones norteamericanas son constructivas del nuevo orden político, lo son en función de los derechos proclamados: *"elevar las barreras contra el poder en todas las formas y en todos los compartimentos del gobierno"* (Madison). La Declaración Francesa, en cambio, es constructiva del nuevo estado de cosas pero en función *del poder que quiere edificar* –el Leviatán revolucionario–, que implica la violencia para destruir desde sus cimientos el orden político y social antiguo. Gauchet observa:

> *Para la Revolución Francesa es positivamente primero hacer existir ese poder* (estatal) *y asegurar sus prerrogativas ... Una cosa es consignar solemnemente los principios en los que están* (supuestamente) *de acuerdo los miembros de una sociedad, y otra establecer el gobierno que va a deshacer de parte a parte los vínculos de la antigua sociedad* (que todavía existe)... *De ahí la extrema tensión que marca el texto (de la Declaración) entre la preocupación de proteger a las personas y la imperiosa obligación de afirmar la soberanía de todos, de la que resulta la independencia de cada uno* [60].

> *Los norteamericanos no tienen que deshacer una sociedad jerárquica y simultáneamente asumir la herencia de varios siglos de acumulación de poder público, ni fundar un poder preeminente sin desmontar un formidable poder existente* [61].

3.5. La Declaración como expresión del principio de subjetividad política

Así como la Declaración simboliza la inmanentización de la sociedad desde la perspectiva teológica, expresa la subjetividad política desde el punto de vista filosófico.

En su línea principal, de Hobbes a Rousseau, la filosofía política moderna teorizó la transferencia del fundamento extrínseco del orden político al interior de la comunidad. En este sentido, la Declaración recoge el guante de Rousseau. Gauchet lo afirma con justificación:

---

[59] Lectura del 11 de julio del proyecto de Declaración de derechos del hombre de Marie-Joseph Paul Yves Roch Gilbert du Motier, Marqués de La Fayette (1757-1834), en Arch. Parl., tomo VIII, p. 222. Cita de Marcel Gauchet, *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., pp. 559-560.

[60] Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., p. x-xi. Los paréntesis son nuestros.

[61] Marcel Gauchet, *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., p. 562.

> *La unidad y la conformidad asegurada por la obediencia no es suficiente. Es necesaria la plena conjunción de voluntades instituyentes singulares y la voluntad reinante del conjunto, tal que funde una comunidad que devenga ella misma autónoma por su unificación reflexiva: la sociedad no obedece más que a sí misma*[62].

El *obedecerse a sí misma* es una mera pretensión, pues siempre es una minoría la que conduce a la mayoría de la sociedad a la obediencia. Lo que sucede es que con la Revolución la minoría ya no obedece a Dios, ni a la ley natural ni a la costumbre histórica y popular sino que sigue su propia voluntad, dentro del universo representativo formalmente democrático.

4. Significación *jurídica* de la Declaración

4.1. La Declaración suscribe derechos pero no deberes

En los debates de la Declaración se discutió la necesidad de acompañar a los derechos del hombre y del ciudadano un listado de deberes. Se adujeron muchas razones. La principal fue de naturaleza política: para constituir una sociedad se requiere algo mas que los derechos de sus miembros. Su funcionamiento exige el ejercicio de un apremio limitativo cuya legitimidad provenga de otras fuentes que la de los derechos. Es lo único que puede servir de freno al desorden social. Algunos diputados defendieron incluso, en un sentido clásico, que los deberes no necesariamente se deducen de la afirmación de los derechos.

Sin embargo, prevaleció la postura de Siéyes. Gauchet lo explica del siguiente modo:

> *El individualismo radical es preferido a la doctrina de los deberes... En realidad, no hay más que derechos y los deberes no representan más que un caso particular en el espacio interpersonal: yo tengo deberes hacia otros en la medida en que les reconozco los mismos derechos que a mí...*
>
> *Es posible, en otros términos, recomponer integralmente una sociedad a partir únicamente de los elementos que forman las prerrogativas "naturales" de los individuos que la componen. Es posible una sociedad que responda de parte a parte a los normas individualistas* [63].

Empero, no deja de ser paradójico que una Declaración tan cargada de individualismo sirva, a su vez, para cimentar el poder del Estado. El tema de los deberes que se expulsa por la puerta, vuelve por la ventana en el debate de

[62] Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 30
[63] Marcel Gauchet, *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., p. 563.

la Declaración de derechos del hombre de 1793 y de la Constitución del año III, en donde está presente la necesidad de limitar las libertades por razones políticas, en beneficio de esas mismas libertades.

Gauchet aduce, con razón, que los deberes hacia el poder estatal revolucionario están claramente sugeridos en la Declaración de 1789, por lo que las criticas –la más célebre es la de Marx– a su pretendido egoísmo monadológico burgués serían infundadas[64].

Pero hay que ahondar más. Los deberes sugeridos en la Declaración de 1789 y establecidos en la Declaración de derechos humanos de 1793[65] así como en la Constitución del 5 del Fructidor del Año III [66], no son los deberes jurídico-morales que, de acuerdo a la doctrina clásica, fundan los derechos naturales. Se trata, en realidad, de deberes de derecho positivo, deberes verticales del individuo hacia el Estado, quien por obra de la Revolución pasa a detentar la concentración del poder político y jurídico de la sociedad, como representante de la nación abstracta.

No se ha abandonado entonces el egoísmo burgués, como defiende Gauchet, sino que se le ha encausado dentro de la seguridad del Estado moderno, figurado no sólo como árbitro, sino como encarnación de la "voluntad general".

4.2. La Declaración introduce el recambio de la persona por el individuo como sujeto de derechos, para facilitar su reabsorción por el Estado

Desde la perspectiva de la filosofía clásica, la naturaleza de la persona humana, en su contenido teológico, metafísico y jurídico, es el fundamento remoto de

[64] *"La plenitud de los derechos naturales en el interior del estado de sociedad es lo que, en el espíritu de Sieyés, se trata de asegura. Y esto implica claramente lo que después se llamarán derechos sociales. "Las ventajas que se pueden conseguir del estado social –dice Sieyes– no se limitan a la protección completa y eficaz de la libertad individual: los ciudadanos tienen además derecho a los beneficios de la asociación... Nadie ignora que los miembros de la sociedad obtienen las mayores ventajas de las propiedades públicas, de las obras públicas.... Todo el mundo sabe que no hay nada más adecuado para perfeccionar la especie humana, en lo moral y en lo físico, que un buen sistema de educación y de instrucción pública... Los ciudadanos en común tienen derecho a todo lo que el Estado puede hacer en su favor" (Archives Parlementaires,* Tomo VIII, p. 259).... *Es cierto que semejante disposición no se encuentra en el texto adoptado, pero muchos indicios permiten pensar que su ausencia es más circunstancial que intencionada. Si la Declaración hubiese sido acabada hay indicios lógicos de que hubiera contenido un artículo relativo a auxilios. Su presencia oculta basta en todo caso para revelar la inanidad de las críticas al pretendido egoísmo monadológico de los burgueses de 1789".* Marcel Gauchet, *"Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* en François Furet y Mona Ozouf (eds.), *"Dictionnaire de la Revolution Française"*, ed. cit., pp. 563-564.

[65] *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793.* Existe edición digital del texto original en: <http://fr.wikisource.org/wiki/D%C3%A9claration_des_Droits_de_l%E2%80%99Homme_et_du_Citoyen_de_1793>.

[66] *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* de 1795, correspondiente al *Préambule* de la Constitución del 5 Fructidor del Año III (22 de agosto de 1795). El texto original en versión digital en: <http://pagesperso-orange.fr/compilhistoire/declardroitsdevoirs.htm>.

los derechos que derivan de ella, atendida su finalidad natural y sobrenatural. Esta doctrina, tan armónica con la realidad del hombre, era un postulado comúnmente aceptado en la época de la Declaración de 1789. De ahí que posteriormente muchos hayan querido leer en la Declaración, a la par de una influencia ilustrada, una influencia cristiana en la defensa de los derechos del hombre.

Sin embargo, más allá de ciertos artículos de compromiso –como veremos en el caso de la libertad religiosa– la Declaración impone una lectura más detenida, que excluye formalmente y en su raíz (aunque no materialmente respecto de algunas disposiciones) la tradición jurídica clásica y cristiana[67].

El alejamiento de esta influencia se manifiesta jurídicamente en la sustitución de la persona por el individuo como sujeto de derechos. Y se puede comprobar al menos de dos maneras:

---

[67] Materialmente hay disposiciones que encajan perfectamente con la referida tradición. Vr. gr. los derechos de carácter procesal penal contenidos en los arts 7, 8 y 9, que –dígase de paso, para no olvidarlo– la Revolución violó a destajo, oficialmente a partir de la aprobación de la *Ley de los sospechosos* del 17 de septiembre de 1793, a propuesta de Philippe Antoine Merlin de Douai y Jean-Jacques-Régis de Cambacérès. Respectivamente, las disposiciones citadas de la Declaración de 1789 establecen que: *"Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia"* (Art. 7); *"La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada"* (Art. 8); *"Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido condenado. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor que el indispensable para asegurar su persona"* (Art. 9). Se observa en todas estas disposiciones que la justicia se vuelve formal: todo queda en manos *de lo que fije la ley soberana*, que no reconoce más límites que la propia voluntad. De ahí que, en rigor, la ley de los sospechosos, que ordena por vía administrativa y sin garantías procesales, la detención de los enemigos de la Revolución (es sospechoso todo aquel que *"por su conducta, sus relaciones, sus observaciones, sus escritos se muestran partidarios del federalismo y enemigos de la libertad"* revolucionaria) no esté en contradicción con los artículos citados, desde una lectura profunda de la Declaración de 1789.
Análoga reflexión puede hacerse del art. 17 sobre el derecho de propiedad: *"Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa"*. Se trata del derecho de propiedad individual, que en su aplicación liberal fue un cernedor del derecho de propiedad familiar.
El original francés de estos artículos dice: *"Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance"* (Art. 7); *"La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée"* (Art. 8); *"Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi"* (Art. 9); *"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité"* (Art. 17). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

(a) La Declaración adopta una noción de libertad no finalizada, puramente negativa, que supone la ausencia de lo que para la doctrina clásica es la ley divino-natural y su suplencia por la absoluta autonomía moral. Nos eximimos por el momento de entrar en detalles, porque la cuestión la trataremos a propósito de la libertad de conciencia.

(b) En la Declaración no aparece la noción de bien común, en su sentido propio: ha sido reemplazada por la noción de "bien público", "utilidad pública" o "seguridad nacional"[68]. El bien común remite al bien personal buscado y compartido en comunidad, según la conocida fórmula de Francisco de Vitoria (1483-1546); el "bien público", en cambio, redirige a la utilidad del Estado revolucionario en construcción, que es un colectivo de representación abstracta y no una comunidad natural de tradición histórica concreta.

Este último aspecto es destacado, a su modo, por Gauchet al analizar desde un punto de vista histórico-crítico la redacción del art. 4 de la Declaración de 1789. La disposición establece:

> *La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley* [69].

A juicio de Gauchet, el artículo citado muestra la *"proscripción metódica del principio de la personalidad"*, latente en toda la Declaración[70]. Como la afirmación de los derechos individuales implica la reconstrucción de un nuevo escenario político que va a convertir a esos individuos en ciudadanos, base de la felicidad prometida, el Estado es quien se encarga de redefinir las políticas que llevan a esa felicidad, puesto que se define a sí mismo como el representante de todos los individuos integrados en la hipóstasis "voluntad general"[71] o "nación"[72].

---

[68] Existen discrepancias notorias en las versiones españolas de la Declaración. Por ejemplo, el término *utilité commune* del art. 1° es traducido como *"utilidad pública"* por el sitio dedicado al sistema universal de los derechos humanos de la *Bibliotheque Jeanne Hersch*, según se ve en: <www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm>. Pero el término es vertido al castellano como *"utilidad común"* en el sitio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México: <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/.../pr23.pdf>. De este modo, es mejor indicar el original francés, y después la traducción que parezca más acorde con ella.

[69] *"La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi"* (Art. 4). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[70] Marcel Gauchet, *"La Révolution des Droits de l'Homme"*, op. cit., p. 119.

[71] *"La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents"* (Art. 6). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

"Los derechos del hombre, explicita Sieyès a propósito del art. 4, *se reducen a uno solo: no se puede forzar a otro, hay que dejarlo libre"*. Pero la cuestión es que los límites al ejercicio de esa libertad *"no pueden ser determinados más que por la Ley"*. Y la ley encarna la voluntad general, la utilidad común, el deber de contribución común, como rezan los artículos 6, 1, 12 y 13 [73].

De tal modo que, desde este ángulo, el individualismo de la Declaración se ofrece embridado al servicio del crecimiento del poder estatal, que no es otra cosa que la historia del crecimiento del poder político y su capacidad intervensionista en todos los espacios de la vida social[74]. Gauchet constata:

> *El principio general de la libre coexistencia –poder hacer aquello que no dañe a los otros– tiene el inconveniente, en su abstracción, de dejar en la vaguedad las modalidades efectivas del arbitraje. De donde la apelación a la ley que es la garantía de que todos serán tratados bajo las mismas condiciones, y nadie podrá imponer a nadie la arbitrariedad de su voluntad singular.... Pero entonces la garantía de los derechos es amenazada por su absorción pura y simple en la esfera de la ley* [75].

Es decir, la voluntad de asegurar absolutamente la independencia natural de los individuos conduce en su lugar a la dependencia del poder social. Y la impersonalidad del art. 12 lo confirma, al centrar todo en la utilidad común, descartando la utilidad individual. De esta manera, se da la paradoja de que la Declaración transfiere el derecho de resistencia del individuo *"al irresistible poder de todos"* encarnado en la ley [76].

---

[72] *"Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément"* (Art. 3). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[73] *"La loi est l'expression de la volonté générale"* (Art. 6); *"... Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune"* (Art. 1); *"La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée"* (Art. 12); *"Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés"* (Art. 13). *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, ed. digital cit.

[74] Es la tesis de Bertrand de Jouvenel en *Sobre el Poder*, Unión Editorial, Madrid, 1998, a partir de la edición francesa del mismo año. La estudiamos más adelante.

[75] M. Gauchet, *"La Révolution des Droits de l'Homme"*, op. cit., p. 120-121.

[76] Ibid., p. 150

4.3. La Declaración recoge el abstractivismo y subjetivismo en el lenguaje del derecho[77]

A modo de Conclusión

Pocos pensadores han calado, como Hannah Arendt, en un certero golpe de vista, la significación global de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Al reflexionar sobre las perplejidades de los derechos humanos, siempre desde su filiación liberal, escribe:

> *La Declaración de los Derechos del Hombre a finales del siglo XVIII fue un momento decisivo en la Historia. Significaba nada más ni nada menos que a partir de entonces la fuente de la Ley debería hallarse en el Hombre y no en los mandamientos de Dios o en las costumbres de la Historia. Independiente de los privilegios que la Historia había conferido a ciertos estratos de la sociedad o a ciertas naciones, la declaración señalaba la emancipación del hombre de toda tutela y anunciaba que había llegado a su mayoría de edad.*
>
> *Más allá de esto existía otra implicación de la que los formuladores de la declaración sólo fueron conscientes a medias. La proclamación de los derechos humanos tenía que significar también una protección muy necesitada en la nueva era, en la que los individuos ya no estaban afianzados en los territorios en los que habían nacido o seguros de su igualdad ante Dios como cristianos. En otras palabras, en la nueva sociedad secularizada y emancipada, los hombres ya no estaban seguros de esos derechos humanos y sociales que hasta entonces se habían hallado al margen del orden político y no garantizados por el Gobierno o la Constitución, sino por fuerzas sociales, espirituales y religiosas. Por eso, a lo largo del siglo XIX, la opinión general era que los derechos humanos habían de ser invocados allí donde los individuos necesitaban protección contra la nueva soberanía del Estado y la nueva arbitrariedad de la sociedad* [78].

Partiendo del significado teológico e histórico, Arendt desciende a la significación filosófica política y jurídica de la Declaración francesa, condensando una perplejidad que, en rigor, debiera colocar en entredicho sus propias premisas benéficas acerca de la Revolución Francesa.

Si la sociedad se ha secularizado y emancipado a partir de la Revolución, pero los derechos por ella proclamados sólo han servido, en definitiva, para que los

[77] Esta problemática, de vital importancia en la modernidad jurídica, desorbita el ámbito de nuestra investigación, por lo que solo la enunciamos. Por otro lado, después del surco abierto por Michel Villey y Louis Lachance, la tesis es suficientemente conocida para verse en la necesidad de entrar en ella.

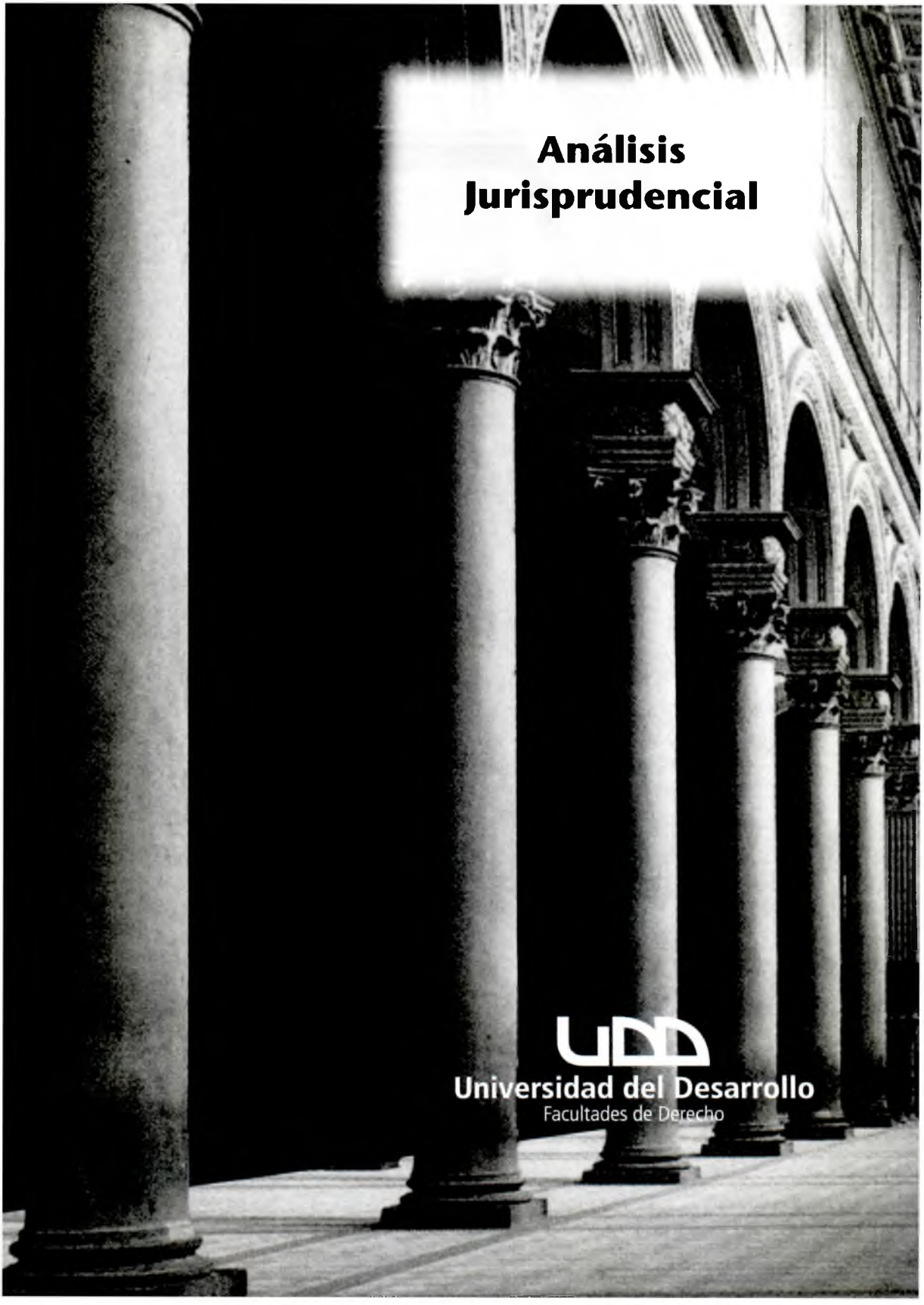
[78] Hannah Arendt, *"Los Orígenes del Totalitarismo"* (original inglés, 1951), traducción de Guillermo Solana, Taurus, Madrid, 1998, Parte 2, cap. 9, II, p. 368.

individuos se protejan de las consecuencias de su propia obra –*"la nueva soberanía del Estado", "la nueva arbitrariedad de la sociedad"*– ¿cuál es realmente el avance que simboliza la Declaración?

Que los hombres salgan de la minoría de edad es ciertamente un progreso, pero que esa salida excluya que la fuente de la ley se encuentre en *"los mandamientos de Dios"* y en *"las costumbres de la Historia"* es precisamente lo que habría que demostrar. Porque de hecho, la emancipación que supone la libertad de conciencia moderna –*"la fuente de la ley debe hallarse en el hombre"*– ínsita en la Declaración, ha conducido a formas de dependencia y alineación más intensas, como parece reconocer Arendt algo más adelante cuando se queja, trémula, de que *"el hombre como un ser completamente emancipado"* se ha convertido en un ser *"completamente aislado"* y, por ello mismo, radicalmente vulnerable ante el poder[79].

[79] *"Como los Derechos del Hombre eran proclamados "inalienables", irreducibles e indeductibles de otros derechos o leyes, no se invocaba a autoridad alguna para su establecimiento; el Hombre en sí mismo era su fuente tanto como su objetivo último. Además, no se estimaba necesaria ninguna ley especial para protegerlos, porque se suponía que todas las leyes se basaban en ellos. El Hombre aparecía como el único soberano en cuestiones de la ley de la misma manera que el pueblo era proclamado como el único soberano en cuestiones de Gobierno. La soberanía del pueblo (diferente de la del príncipe) no era proclamada por la gracia de Dios, sino en nombre del Hombre; así es que parecía natural que los derechos "inalienables" del hombre hallaran su garantía y se convirtieran en parte inalienable del derecho del pueblo al autogobierno soberano.*

En otras palabras, apenas apareció el hombre como un ser completamente emancipado y completamente aislado, que llevaba su dignidad dentro de sí mismo, sin referencia a ningún orden circundante y más amplio, cuando desapareció otra vez como miembro de un pueblo. Desde el comienzo, la paradoja implicada en la declaración de los derechos humanos inalienables consistió en que se refería a un ser humano "abstracto" que parecía no existir en parte alguna, porque incluso los salvajes vivían dentro de algún tipo de orden social. Si una comunidad tribal o "atrasada" no disfrutaba de derechos humanos, era obviamente porque como conjunto no había alcanzado todavía esa fase de civilización, la fase de soberanía popular y nacional, sino que era oprimida por déspotas extranjeros o nativos. Toda la cuestión de los derechos humanos se vio por ello rápida e inextricablemente mezclada con la cuestión de la emancipación nacional; sólo la soberanía emancipada del pueblo, del propio pueblo de cada uno, parecía ser capaz de garantizarlos. Como la Humanidad, desde la Revolución francesa, era concebida a imagen de una familia de naciones, gradualmente se hizo evidente en sí mismo que el pueblo, y no el individuo, era la imagen del hombre". Ibid., p. 369.


Análisis
Jurisprudencial
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral

COMENTARIO:

Hugo Fábrega Vega
Departamento de Derecho de la Empresa
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

"Santiago, veintiuno de abril de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos RUC N° 0940010361-2 y RIT N° O-30-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, don Milton Vega Montenegro deduce demanda en contra de Análisis y Servicios S.A., representada por doña Lily Justiniano Berardi, a fin que se declare injustificado su despido y se condene a la emplazada al pago de las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, recargo legal y feriado que indica, con reajustes, intereses y costas.

Evacuando el traslado conferido, la empleadora pide el rechazo de la acción impetrada arguyendo que el cese de los servicios se produjo por haber incurrido el trabajador en la causal contemplada en el numeral 3 del artículo 160 del Código del Trabajo, según los antecedentes que expone.

En la sentencia definitiva, de once de junio de dos mil nueve, el tribunal de primer grado hizo lugar a la demanda y condenó a la empresa al pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, esta última con el recargo legal, feriado proporcional, reajustes, intereses y costas.

Contra el referido fallo, la sociedad demandada interpuso recurso de nulidad, fundado en las causales del artículo 477, por vulneración de los artículos 160 N° 3 del Código Laboral y 1698 del Código Civil; así como las de las letras e) y b) del artículo 478 del primer cuerpo legal citado. En subsidio, invocó el quebrantamiento de la norma contenida en el artículo 172, en relación con el artículo 41, ambos del Código del Ramo.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, por resolución de treinta de noviembre de dos mil nueve, rechazó todas las causales esgrimidas para sustentar la nulidad impetrada.

En contra de la decisión que antecede, la empleadora deduce recurso de unificación de jurisprudencia en relación a la resolución de la última causal de nulidad, solicitando que esta Corte lo acoja, deje sin efecto la sentencia recurrida y dicte una de reemplazo en unificación de jurisprudencia, con costas, en lo que respecta a la forma de determinación de la base de cálculo de los resarcimientos ordenados por término de la relación laboral.

Se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

Primero: *Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 483 A del Código del Trabajo, el recurso de unificación y jurisprudencia debe contener fundamentos, una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de la materia de derecho de que se trate, sostenidas en diversos fallos emanados de tribunales superiores de justicia y que haya sido objeto de la sentencia contra la que se recurre y, por último, se debe acompañar la copia del o de los fallos que se invocan como fundamento, requisitos a los cuales se da cumplimiento en la especie.*

Segundo: *Que la recurrente, al describir la materia de derecho objeto del juicio y en relación a la cual se suscita la necesidad de unificar jurisprudencia, arguye que los sentenciadores incurrieron en un error en tanto las asignaciones de movilización y colación constituyen un estipendio que al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 inciso 2° del Código del Trabajo, no constituyen remuneración, razón por la cual no pueden quedar comprendidas en el concepto de "última remuneración mensual" a la que alude el artículo 172 del mismo cuerpo legal. Por ello, debe tenerse en consideración la conceptualización que el mismo legislador hizo del instituto, de lo que deriva que ambas disposiciones sean complementarias. Así, su correcta lectura conduce a que la base de cálculo equivale al último estipendio percibido, es decir, excluyendo los ítem referidos, que no fueron consideradas por la ley como parte de ella y que, tampoco tienen dicha naturaleza, pues son devoluciones de gastos en que incurrió el dependiente para cumplir las obligaciones pactadas.*

A partir de lo expuesto, aparece de manifiesto que la tesis sostenida en el fallo de autos en relación a la aplicación de los preceptos referidos, es contraria a la jurisprudencia de esta Corte, contenida en los fallos cuyas copias fidedignas se acompañan: N° 6802-08, de fecha 26 de enero de 2009, dictado en autos "Astorga con Multitiendas Corona S.A."; N° 1054-08, de fecha 2 de julio de 2008, pronunciado en causa "Contreras con Servicios y Promociones Ltda."; N° 944-07, de fecha 21 de noviembre de 2007, emitido en el proceso "Bernal con Neut La-

tour y Compañía S.A."; y N° 2476-06, de 23 de julio de 2007, dictado en autos "Garrido con Cervecerías".

Tercero: *Que en la sentencia que resolvió el recurso de nulidad interpuesto por la demandada, se decidió el rechazo de la causal subsidiaria invocada, sustentada en la vulneración del artículo 172, en relación a lo dispuesto en el artículo 41 del Código del Trabajo, fundados los sentenciadores en que la primera disposición legal se aplica plenamente tratándose del pago de las indemnizaciones a que ha sido condenada la demandada, fijándose como la última remuneración mensual aquella que comprenda toda cantidad que estuviera percibiendo la trabajadora por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies avaluadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad.*

Cuarto: *Que la inteligencia conjunta y sistemática que ha dado esta Corte a las disposiciones referidas, la que sirve de sustento al recurso en estudio y aparece plasmada en los fallos acompañados, se aparta de la primacía que los jueces de la instancia le reconocen a la norma del artículo 172 del Código del Trabajo por sobre el artículo 41 del mismo cuerpo legal y que conduce al desconocimiento de la naturaleza de las asignaciones de que se trata, claramente establecida en el precepto que define las remuneraciones para efectos generales, contrariándola finalmente al incluirlas en la base de cálculo de los resarcimientos por término de contrato.*

Quinto: *Que de lo expuesto resulta manifiesta la existencia de distintas interpretaciones sobre la materia de derecho descrita y que fue parte de los aspectos controvertidos del juicio, a saber, la inclusión de las asignaciones de colación y movilización en la remuneración fijada para los efectos de determinar el monto de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, dicotomía que hace necesaria la unificación pretendida a través del presente recurso.*

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, ***se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia*** *interpuesto por la parte demandada, en relación con la sentencia de treinta de noviembre del año dos mil nueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que, en consecuencia, se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y separadamente.*

Acordada contra el voto de las Ministras señoras Maggi y Egnem, quienes estuvieron por rechazar el recurso de unificación al estimar que si bien hay una disconformidad interpretativa de la normativa de que se trata entre el fallo de autos y los que se acompañan, su correcta inteligencia es la que sustenta la decisión atacada y sobre la base de la cual se desechó el recurso de nulidad deducido por la empleadora.

En efecto, el concepto "última remuneración mensual" que utiliza el legislador en el artículo 172 del Código del Trabajo, reviste un contenido y naturaleza especial, eminentemente fáctico o pragmático, ya que alude a "toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador" siendo, por tanto, la regla general, la consideración de toda suma de dinero que al momento del término de la relación laboral cumpla ese mandato, excepcionándose, solamente, las exclusiones de carácter taxativo que la misma norma establece y entre las que se cuenta una de orden genérico referida a los beneficios que revisten el carácter de esporádicos o anuales.

De este modo, teniendo las asignaciones reclamadas la naturaleza de permanente, es decir, constituyendo beneficios que revisten el carácter de fijeza que la ley requiere, toda vez que su pago se efectuaba en forma mensual, ellas deben ser incluidas al momento de determinar la base de cálculo de las indemnizaciones que corresponde pagar al empleador, como, en opinión de la disidente, resolvieron acertadamente en la especie los jueces del fondo.

Redacción a cargo de la Ministra señora Gabriela Pérez Paredes y de la disidencia, de sus autoras.

Regístrese.

N° 9603-09.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Urbano Marín V., Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D. y Rosa Egnem S. Santiago, 21 de abril de 2010".

Comentario

1. Nuestro actual sistema de interpretación jurídica nos permite definir que, a la luz del artículo 3° inciso 2° del Código Civil, las sentencias judiciales tendrán un valor restrictivo sólo con alcances directos a las partes que están involucradas y vinculadas en el proceso judicial. De esta manera, la regla que crea el juez es sólo aplicable y, por lo tanto tiene exclusiva fuerza vinculante, sobre aquellos que tuviesen participación en los grados que determina la ley procesal.

2. El recurso de Unificación de Jurisprudencia contemplado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo e incluido dentro de la reforma al Libro V del Código del Trabajo a través de la ley 20.260 (más no en su ley de reforma original –20.087–), posee la cualidad procesal de establecer "unificado" algún criterio jurisprudencial en alguna materia jurídico-laboral en el cual han existido opiniones divergentes sobre el particular por parte de los

Tribunales Superiores de Justicia con el alcance restrictivo antes prevenido, vale decir, que sólo es vinculante en las causas en la cual se pronunciaren, puesto que de modo contrario se pasaría a llevar nuestro sistema regulatorio radicado en la Potestad Jurisdiccional, haciendo vinculante el efecto de la "procedencia" obligatorio para los Tribunales de Justicia, realidad vigente en otros países[1].

Es así que una de las grandes críticas[2] que deja entrever este recurso es que si bien llama a uniformar criterios sobre alguna materia, esta posibilidad no es vinculante de manera posterior, pudiendo llevarse al absurdo de contemplar la posibilidad de "unificar" criterios ya "unificados".

3. El fallo en comento dispone que las asignaciones de colación y movilización no deben ser parte de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo. Las razones que se dan son simples, lógicas, contundentes y reiteradas durante mucho tiempo por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema, en el sentido que la correcta interpretación que ha determinado el sentido y alcance de norma contenida en el artículo 172 del Código del Trabajo, atendida la voz "última remuneración", serán en razón que aquellos componentes de la base de cálculo deben tener naturaleza jurídica remuneratoria, lo cual, de acuerdo al artículo 41 del mismo código, debe entenderse como prestaciones que deben ser excluidas, pese a que se perciban periódicamente por el trabajador, ya que no son parte del concepto mismo de remuneración, puesto que no solo porque el artículo 41 la excluye expresamente, sino que porque su naturaleza se condice más con un reembolso de gastos, situación también excluida por la norma in comento, al disponer que no se consideran remuneración en general las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo. A mayor abundamiento, se debe señalar que los artículos 41 y 172 del Código del Trabajo, se diferencian entre sí en que el primero es especial y el segundo de orden general, lo que obliga a aplicar privilegiada y consiguientemente el primero[3].

---

[1] Como es el caso de la reciente Ley Procesal del Trabajo del Perú (Ley N° 29.497 de 15.01.2010), que sí contempla la posibilidad del sistema de precedentes vinculantes a todos los Tribunales inferiores, por parte de la Corte Suprema, a través del Recurso de Casación.

[2] Entre nosotros y en colaboraciones publicadas en otras ediciones de Actualidad Jurídica, véanse Humeres Noguer, Héctor y Halpern Montecino, Cecily, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia", en *Actualidad Jurídica*, N° 21, enero de 2010, págs. 325 y sgtes.; y 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)", en *Actualidad Jurídica* N° 18, julio de 2008, págs. 535 y sgtes.

[3] Sólo por citar algunos fallos de la E. Corte Suprema con la misma línea jurisprudencial al respecto: Rol N° 2.636-2008, de 19 de junio de 2008; Rol N° 6.037-2008, de 27 de noviembre de 2008; Rol N° 4.283-2005, de 17 de marzo de 2006.

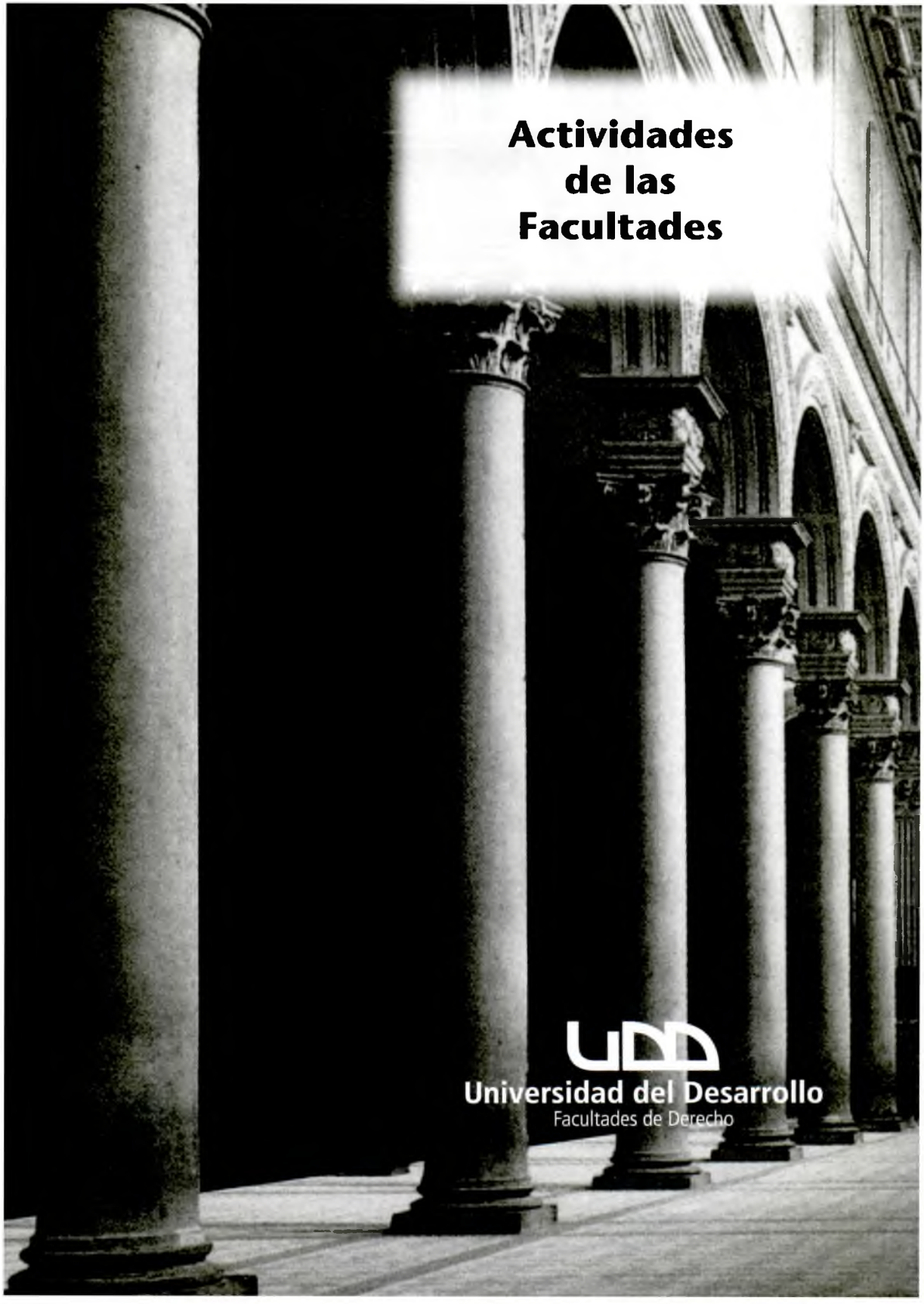
4. En materia laboral, el fallo en comento debería cumplir con el digno atributo de ser la primicia que tendería a dirimir una disputa que por largo tiempo ha sido interpretada encontradamente por los Tribunales del Poder Judicial y por la Dirección del Trabajo (baste leer el voto de minoría para determinar su carácter no pacífico), en el sentido si aplicar o no el artículo 41 del Código del Trabajo a la base de cálculo de las indemnizaciones sancionadas en el artículo 172 del mismo cuerpo legal, de la manera explicada en el punto anterior; al menos así podría suponerse en el marco de una sentencia que acoge esta pretensión y entiende por "unificada" la jurisprudencia en el sentido que dichas asignaciones no deben ser tomadas en consideración para los efectos de la base de cálculo señalada en el artículo 172 del Código del Trabajo.

   Sin embargo, con un profundo temor vemos que cabría la posibilidad que este criterio, declarado correctamente a partir de este fallo por la Corte Suprema, y pregonada ampliamente como unificación jurisprudencial, podría desaparecer y dar lugar a la tesis contraria, como sí ha ocurrido[4].

5. No es materia de este comentario discernir sobre la utilidad o no de este recurso, pero, al menos, en la materia de fondo en comento, creemos que debería servir como punto de reflexión obligada por los operadores laborales si se piensa al derecho como una armonía que en sí es un todo coherente.

[4] El recurso de unificación de jurisprudencia Rol N° 3.448-09 ante la E. Corte Suprema, sobre la misma materia, fue desechado con fecha 12 de noviembre de 2009.

Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Santiago

Primer Semestre 2010

Trinidad Siles Del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

I. Actividades de Admisión

Primera Jornada Vocacional

El día sábado 24 de Abril a las 11:00 horas, asistieron a la primera jornada vocacional alumnos de tercero y cuarto medio de diversos colegios.

En dicha actividad, la Facultad de Derecho reunió a los participantes, en tres grupos distintos, para analizar la temática de la responsabilidad de los distintos agentes en aras del terremoto recién pasado.

Cada grupo fue guiado por un alumno de la carrera de Derecho, con quienes pudieron interactuar, analizar el caso planteado, buscar soluciones, familiarizarse con algunas normas del Derecho y conocer además un poco más de la carrera, de la Universidad y de las propias vivencias de nuestros monitores en la misma.

La actividad finalizó con la síntesis que hizo cada grupo del caso planteado.

II. Actividades de la Facultad

Inauguración Año Académico 2009

El 22 de abril del presente año, la facultad dio comienzo a sus actividades durante el año 2010 con el Acto de inauguración del año académico. El decano, Pablo Rodríguez Grez abrió a ceremonia con un discurso reflexivo en torno a la sujeción del chileno a la legalidad y "a la conciencia de que estamos llamados a encarar la adversidad,como prueba constante de supervivencia"; posteriormente el Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Sr. Alejandro Guzmán Brito dictó una clase magistral sobre el tema "La Evolución del Derecho en el Bicentenario de Chile".

En esta oportunidad. 54 egresados recibieron su diploma de egresados y fueron distinguidos, en forma especial, tanto los alumnos de cada generación con mayor rendimiento durante el año académico 2010 como también a los egresados y licenciados que obtuvieron una calificación sobresaliente en su práctica profesional en la Corporación de Asistencia Judicial.

Tradicionalmente, la facultad rinde un homenaje al mejor egresado por rendimiento académico durante toda la carrera con el premio "Roberto Dávila Díaz", instituído por el Decano, don Pablo Rodríguez Grez. En esta oportunidad, Francesca Mauriziano Concha, recibió el galardón y luego se dirigió al público con emotivas palabras, tanto para sus compañeros, como para sus profesores.

Se cerró el acto académico con el reconocimiento a dos profesores de la carrera; Claudia Schmidt Hott fue elegida por los alumnos en la evaluación docente, y Ambrosio Rodríguez Quirós, por votación de los recién egresados.

Reunión de Profesores de la Facultad

Entre los meses de abril y mayo del año en curso, se efectuaron dos reuniones de profesores, una con los docentes del primer ciclo, y la segunda con los del segundo ciclo. El Decano de la Facultad, Pablo Rodríguez Grez presentó a los nuevos profesores que se incorporaron este año a Derecho. La directora, por ptro lado, Sra. Cecily Halpern Montecino proyectó un power point con gráficos explicativos del nivel y rendimiento de los alumnos, conclusiones que dieron pie a una evaluación y discusión muy útil para decisiones futuras.

Nombramiento de nuevos profesores

Derecho Romano	Solange Doyharcabal Casse
Derecho Civil	Carolina Devoto Berriman
Derecho Procesal	Raúl Montero López

Derecho Administrativo	Pedro Aguerrea Mella
Derecho del Trabajo	Ana María Díaz Muñoz
Etica (Sello)	Carlos Barría Román

Nombramiento de nuevos ayudantes 2010. Concurso de ayudantes, Primer Semestre 2010

Se convocó nuevamente a la postulación para los concursos de ayudantes durante los meses de marzo, abril y mayo 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 designaron como nuevos ayudantes de la carrera las siguientes personas:

Introducción al Derecho	Jaime Caballero Vivanco
Derecho Político y Contitucional	María José Arancibia Obrador
Derecho Procesal	Pablo Guzmán Navarro
Derecho Procesal	Alejandro Leiva López
Etica	Macarena Cano Muñoz
D. del Trabajo II y Seguridad Social	Belen De Pablo Tagle
Derecho Civil IV	María Olaya García Huidobro Cárdenas
Derecho Comercial	Julio Valdivia Pérez
Derecho Tributario	José Alberto Riquelme González
Derecho Tributario	Andrés Vio Beas

Visitas a la Corte Suprema

Entre abril y mayo, los alumnos de derecho Procesal I visitaron la Corte Suprema y presenciaron en varias oportunidades, la vista de una causa en alguna de las salas de la Corte, incluyendo la relación y los alegatos. Fueron guiados por un relator de la Corte, quien además les explicó la función que allí les corresponde desempeñar a los jueces y relatores y el modo en que esto se pone en práctica.

En Mayo, los alumnos de Derecho del Trabajo I también visitaron la sala laboral de la Corte, con el fin de comprobar en terreno la forma en que se llevan allí los procesos laborales.

Ceremonia Ius Postulandi

En una ceremonia solemne, el 9 de junio, la facultad de Derecho le entregó el reconocimiento "Ius postulandi" a los alumnos que cumplieron con todos los requisitos de haber aprobado su segundo año de carrera y poder así comparecer legalmente en los juicios. En esta ocasión, Gloria Ana Chevesich Ruiz, Ministro

de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en breves palabras, validó la importancia de este primer compromiso adquirido y los instó a continuar con el esfuerzo emprendido.

La investidura Ius postulandi les permite a los alumnos desempeñarse como procuradores y realizar trámites procesales ante el Tribunal de Justicia.

Visita a la Universidad

Luis Bates Hidalgo, profesor del Derecho Penal invitó a una de sus clases a Ángela Vivanco Martínez, Profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile a exponer acerca de la Píldora del día después.

"Ciclo "Derecho a Conversar"

José Maza Sancho, astrónomo de la Universidad de Chile y Francisco Claro Huneeus, físico y actual decano de la Facultad de Educación de la Universidad Católica se reunieron a conversar en torno a temas científicos con los alumnos de nuestra Facultad. Esta iniciativa nació por el interés de entusiasmar a nuestros jóvenes con tópicos diferentes a los de las leyes y a sensibilizarlos por la cultura. Este primer encuentro se realizó el 27 de mayo, con la participación de numerosos alumnos y profesores de la facultad.

Concurso de Cuentos

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en su afán por contribuir con la cultura de nuestro país, está desarrollando nuevamente este año 2010 un concurso de cuentos para todos los alumnos de nuestra Universidad. Los cuentos deben ser entregados en la secretaría de la Facultad de Derecho el día viernes 18 de junio. Los resultados de los cuentos ganadores se darán a conocer el día lunes 12 de julio y la premiación se realizará el martes 10 de agosto.

El primer cuento seleccionado será premiado con dos pasajes a Buenos Aires, el segundo por un monto de dinero canjeable por libros en la librería Ulises y el tercero, por libros donados por la Facultad de Derecho.

III. Actividades de Extensión y Educación Continua

Chile en la OCDE: oportunidades y desafíos

Con fecha 13 de abril de 2010, se llevó a cabo el seminario sobre **Chile en la OCDE: oportunidades y desafíos**, en el que connotados expositores, entre

ellos el Subsecretario de Hacienda Sr. Rodrigo Alvarez, analizaron los distintos aspectos que implica el ingreso de chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo - OCDE. esta organización está compuesta por 30 países económicamente exitosos y vanguardistas en materia de políticas públicas y globalización de sus economías, por lo que el ingreso de nuestro país representa, a la vez, importantes oportunidades y significativos desafíos.

Curso sobre bases del Derecho Ambiental

Entre el 27 de abril y el 06 de mayo de 2010 se realizó el curso sobre bases del derecho ambiental, cuyo propósito fue dar a conocer los principales aspectos jurídicos de la regulación y protección del medio ambiente a nivel nacional y los alcances de la nueva institucionalidad ambiental. el curso, que tuvo una duración de 16 horas, fue impartido por los profesores Felipe Leiva, Camila Boettiguer y Paloma Infante.

IV. Actividades de la Dirección de Postgrado

La Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho imparte durante este año 2010, los siguientes programas de Postgrado:

Magíster en Derecho

En el mes de Mayo del presente año, se ha dado inicio al MAGISTER EN DERECHO de la Facultad de Derecho de la UDD, programa destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las competencias profesionales del abogado, mediante la entrega de una formación académica de excelencia.

Dada la estructura y diseño de la carrera de Derecho en las Facultades de Derecho del país, sus egresados no siempre cuentan con conocimientos profundizados sobre determinadas materias y en ocasiones carecen de estudios respecto de instituciones jurídicas modernas relevantes, las que además, dado al carácter dinámico que las rodea, se modifican permanentemente, lo cual requiere de un constante perfeccionamiento y actualización.

La gran cantidad de abogados egresados de las distintas universidades del país y la alta competitividad que ello conlleva, ha significado el surgimiento de una creciente necesidad de los mismos de diferenciarse del resto, mediante la obtención de Postgrados, como lo es este programa. A diferencia de otros programas, el Magíster en Derecho UDD, con y sin mención, entrega una formación amplia, profunda y con una orientación más práctica (sin dejar fuera los aspectos teóricos necesarios) a los alumnos.

Buscamos entregar a nuestros egresados una formación de excelencia en el área jurídica, con el objeto de perfeccionar y profundizar sus nociones de las principales ramas del Derecho, actualizando sus conocimientos y confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesoría a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales. Asimismo, se busca formar profesionales expertos en áreas determinadas del Derecho –a través de una preparación específica y delimitada–, como también egresados con conocimientos amplios y desarrollados en distintas materias de nuestro ordenamiento jurídico.

La idea es perfeccionar a los alumnos a través de una malla flexible e innovadora, que permite la actualización de sus conocimientos en las principales ramas del derecho, confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesoría a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales.

A las cualidades anteriores debe agregarse un cuerpo académico de excelencia, que sin duda, conforma buena parte de la primera línea de la doctrina nacional en el ámbito jurídico.

El alumno puede optar por obtener el grado de Magíster en Derecho o el grado de Magíster en Derecho con mención.

LL.M. Executive - Magíster en Derecho Económico y Financiero
4ª versión

Este año 2010, se inauguró la cuarta versión del LL.M. Executive, programa de Postgrado que conduce –al grado de Magíster en Derecho Económico y Financiero– al cabo de tres semestres de clases. Este Programa está destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales del abogado que asesora a la actividad empresarial.

En la actualidad, debido al rápido desarrollo de nuevos conocimientos y recursos tecnológicos, unidos a los acelerados cambios sociales y normativos, resulta imperioso para los abogados cursar estudios de Postgrado que les permitan actualizar sus destrezas y dominar la renovación de sus especialidades.

Nuestra idea es hacer posible que quienes egresen del LL.M. Executive puedan ubicarse en una posición de vanguardia en su carrera profesional, situándose a la cabeza de los demás abogados de su generación. Todo ello en función de asumir trabajos de mayor complejidad y sofisticación.

Postítulo en Derecho Tributario - 4ª versión

En el mes de Mayo del presente año, se ha dado inicio a la 4ª versión de nuestro Postítulo en Derecho Tributario, programa dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de la especialización en el área tributaria.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, de forma tal que pueda resolver los diversos problemas que el ejercicio de la profesión demanda. El cuerpo académico es de excelencia, destacando abogados y contadores auditores especialistas en cada uno de los temas que enseñarán.

Postítulo en Planificación Tributaria - 2ª versión

Se está impartiendo la 2ª versión de este programa, que se encuentra dirigido a profesionales que, contando con una formación básica en tributación, tienen interés en especializarse en estas materias.

Es sabido, que tanto para las empresas como 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 permite optimizar la carga tributaria, tanto de la empresa, como de sus propietarios, permitiéndole así, contar con recursos líquidos adicionales.

El Postítulo tiene como objetivo general que el alumno conozca en detalle las herramientas que deberá utilizar para desarrollar una adecuada Planificación Tributaria, tanto de negocios y/o inversiones de carácter nacional, como de aquellas inversiones de origen extranjero, o desarrolladas por chilenos en el exterior.

Postítulo en Derecho Ambiental

Hoy es muy relevante la existencia de un programa académico de postgrado en Derecho Ambiental y recursos naturales, dado que se hace cada vez más necesaria la asesoría a empresas, tanto en materias de gestión jurídica preventiva como de fiscalización. El país contará con nueva institucionalidad medioambiental a partir de este año y existe, asimismo, una nueva normativa internacional vinculante derivada de la incorporación de Chile a la OCDE.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 22 - Julio 2010 Universidad del Desarrollo

En vista de esta nueva realidad, las empresas y sus asesores deben conocer el detalle de la normativa ambiental y las múltiples fuentes de obligatoriedad de sus normas. De no ser así, ellas se verán expuestas a serias consecuencias patrimoniales por eventual responsabilidad por daño ambiental.

Conscientes de esta necesidad, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho, ofrece a partir del 14 de Junio de 2010, este nuevo Postítulo en Derecho Ambiental que proporcionará a sus alumnos los instrumentos para estar al día en las reformas a la normativa ambiental actual –internacional y nacional– y así satisfacer las demandas mencionadas.

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Primer Semestre 2010

Soledad Arcas Acevedo
Abogado
Coordinadora de Titulación y Minor
Universidad del Desarrollo

Reunión de Profesores de la Facultad

Con el fin de dar a conocer las distintas actividades que la Facultad de Derecho tiene contempladas para este año académico, el 10 de mayo se llevó a cabo la primera reunión de profesores de la carrera de Derecho. En esta oportunidad, el Decano, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, informó a los docentes sobre el quehacer de la Facultad y se abrió el dialogo a los profesores, quienes consultaron y comentaron aspectos importantes de la carrera.

En la misma ocasión, la Directora de Carrera, Sra. Bárbara Ivanschitz Boudeguer, informó acerca del rendimiento académico del año 2009 y el Director Ejecutivo de los Programas de Postgrado, Sr. Jorge Ogalde Muñoz, dio a conocer los programas de postgrado que la Facultad dictará este año.

Los mejores alumnos y los docentes más destacados de la Facultad obtuvieron un reconocimiento en la Ceremonia de Premiación del Año Académico 2009

Los mejores alumnos de cada promoción de la carrera y los docentes más destacados de la Facultad de Derecho fueron homenajeados en la Ceremonia de Premiación del Año Académico 2009, que tuvo lugar el miércoles 5 de mayo, en el Centro de Eventos Suractivo, encabezada por el Rector, Sr. Ernesto Silva Bafalluy.

En esta oportunidad, el premio a la Excelencia Académica lo recibieron los alumnos Cristóbal Silva, Paula Uribe, Joaquín Müller, Franco Buscaglione y Sonia Díaz, de primero a quinto año respectivamente. Este reconocimiento destaca el esfuerzo y trabajo realizado por los estudiantes durante el año 2009 y los estimula a seguir la línea de la excelencia.

En la misma ceremonia fueron homenajeados los docentes más destacados de la Facultad de Derecho. El premio al mejor profesor lo obtuvo el Sr. Jaime Pacheco Quezada y el reconocimiento al profesor de excelencia recayó en el Sr. Eduardo Andrades Rivas.

También recibieron un reconocimiento las profesoras Paola Giordani y Patricia Silva, como mejores docentes de los cursos sello Emprendimiento y Liderazgo y Responsabilidad Pública, respectivamente. La profesora Paula Bravo, recibió el premio a la mejor docente de los Cursos de Otras Disciplinas.

El Sr. Javier Molina, docente de nuestra Facultad, fue premiado como Profesor de Excelencia por la Facultad de Ingeniería Civil y como mejor docente del curso sello Ética.

Finalmente, destacamos que dos alumnos de la Facultad recibieron el premio "Espíritu Universitario", otorgado por la Dirección de Asuntos Estudiantes de la Universidad. Los destacados fueron el Sr. Alejandro Lagos, egresado de Derecho, por la labor realizada durante los Trabajos de Verano 2010 y la Srta. Viviana Molina, alumna de quinto año, por su desempeño como jefa de la Pastoral de la Universidad.

Alumnos de Derecho participaron en construcciones solidarias desarrolladas por la Pastoral UDD

El primer fin de semana de mayo, alumnos de la Facultad participaron en las primeras construcciones que se realizaron a través de la Pastoral UDD. La iniciativa pretendía cooperar a levantar la región y el trabajo se desplegó en Talcamávida, localidad cercana a Hualqui, que se encuentra muy desamparada.

Los objetivos del proyecto fueron construir cuatro mediaguas para las familias más afectadas del sector, compartir y acompañar a la gente, entregándoles un mensaje de alegría, esperanza y acercándolos a Cristo en esta época de desaliento. La iniciativa se enfocó también a fortalecer la pastoral universitaria, estrechando lazos entre los asistentes y creando un equipo que pueda seguir participando de actividades futuras.

Nuevo Centro de Alumnos para Derecho: el pasado 14 de mayo los alumnos eligieron a sus representantes para este año académico

Un intenso debate dio inicio al proceso electoral del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho para el período 2010-2011. En el evento, que comenzó a las 9.30 horas y se realizó en la Sala de Litigación de nuestra Facultad, los representantes de las dos listas candidatas expusieron sus propuestas y respondieron preguntas de los asistentes.

El programa comenzó con la presentación de ambas listas y continuó con el debate, en el que los integrantes de cada una defendieron sus proyectos. Después de esto se abrió el diálogo a los alumnos asistentes quienes pudieron consultarle a ambas listas sobre lo que habían expuesto. Para terminar, los presidentes de cada bando tuvieron dos minutos para cerrar su presentación, realizar conclusiones y resumir sus propuestas.

Luego se constituyó la mesa electoral y más del 80% de los alumnos de las distintas promociones concurrieron a votar. La lista que reunió mayor número de preferencias quedó integrada por los alumnos Sres. Ignacio Aravena, Presidente; Fernanda Morales, Vicepresidente; María José Hidalgo, Secretaria; Pablo Poblete, Relacionador Público, y Felipe Einersein, Tesorero.

Merece destacarse la alta participación del alumnado tanto en el debate como en la votación.

Charlas dirigidas a los alumnos

La Facultad organizó durante el primer semestre del año un ciclo periódico de charlas dirigidas a alumnos, que ha abordado una temática variada, a cargo de los profesores que en cada caso se indica:

- "La Formación Humanista del Abogado", Sr. Eduardo Andrades Rivas.
- "Responsabilidad civil derivada de los vicios de la construcción", Sr. Bruno Caprile Biermann.
- "El consentimiento informado requerido para procedimientos médicos y sus efectos", Sr. Andrés Kuncar Oneto.

- "Derechos de la Personalidad, en particular el honor, la intimidad e imagen", Sr. Cristián Larraín Páez.
- "Algunas consideraciones acerca del estudio de títulos", Cristián Fernández Lama.
- "Los Estados de excepción constitucional: Estado de Catástrofe post-terremoto", Sra. Bárbara Ivanschitz Boudeguer y Miguel Ángel Maritano Vásquez.
- "Comisión Bicentenario: Avances y Vicisitudes en la Conmemoración del Bicentenario de Chile", Sr. Andrés Córdova Garrido.

Seminario "El sismo: aspectos legales, técnicos y normativos"

Bajo el marco de los programas de Formación Continua de la Facultad de Derecho, el 26 de mayo a las 18.30 horas, se llevó a cabo un seminario multidisciplinario denominado "El sismo: aspectos legales, técnicos y normativos". En esta oportunidad expusieron los Sres. Bruno Caprile Biermann, abogado y profesor de la Facultad de Derecho; Washington Cabrera Olivares, ingeniero civil calculista; y Patricio Escobar Donoso, arquitecto.
La actividad contó con la asistencia de profesionales y estudiantes de distintas áreas e instituciones, quienes participaron activamente. Los asistentes demostraron un gran interés por los temas tratados, el que se centró en el análisis de ciertos aspectos legales, relativos a las responsabilidades civiles de las inmobiliarias, constructoras y demás profesionales vinculados al área, frente a los defectos o vicios en la construcción.
Además, el encuentro tuvo por objeto efectuar un análisis de la Normativa de la Ordenanza General de Construcción, y responsabilidad de los organismos fiscalizadores y hacer una reseña de las Normas Chilenas sobre diseño antisísmico.

Ceremonia de inauguración año académico 2010

El día 10 de junio, con más de 120 alumnos, docentes y la presencia de destacadas autoridades judiciales de la Región, la Facultad de Derecho inauguró su año académico 2010. En esta ocasión, el Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad, se dirigió a los docentes y alumnos asistentes, dio cuenta de la gestión académica del año 2009 y planteó los desafíos para el presente año. Posteriormente, don Gabriel Rioseco Enríquez, profesor de postgrado de la

Facultad, dictó una clase magistral, titulada "Los Estudiantes de Derecho y su Proyección". Aprovechando la presencia del destacado docente, los alumnos de quinto año hicieron entrega de un reconocimiento por su abnegada labor con motivo de su alejamiento de las clases de pregrado.

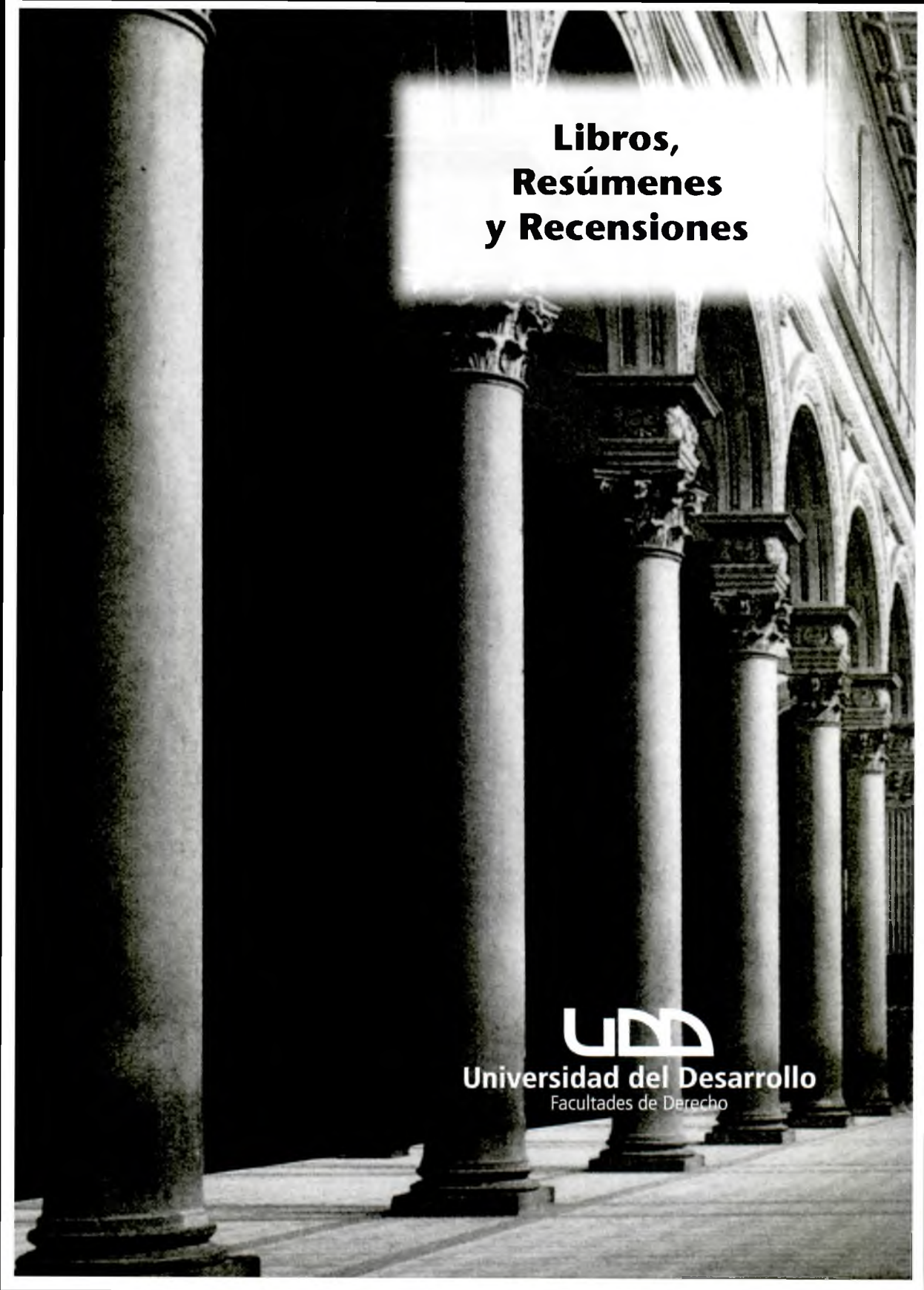
En la oportunidad, se realizó la premiación de aquellos alumnos que obtuvieron una distinción en el concurso de ensayos jurídicos. El premio al Mejor Ensayo Jurídico cayó en manos del alumno de 2° año, Rodrigo Campos Martínez, con el tema, La Mora del Deudor, ¿Debiera liberar al acreedor de la sanción por lesión enorme en las enajenaciones forzadas? Análisis de un fallo del Tribunal Constitucional sobre el artículo 1891 del Código Civil.

El acto finalizó con el otorgamiento del premio "Decano Eduardo Fernández Flores", al mejor egresado de su promoción en reconocimiento a su excelencia académica durante los cinco años de estudio de pregrado; distinción que en esta oportunidad recayó en Alejandro Lagos Torres.

Programas de Postgrados de la Facultad

El comienzo del año académico en Concepción se vio marcado por el terremoto que el 27 de febrero pasado afectó a nuestra ciudad. Los trastornos producidos por el sismo significaron la postergación del inicio de las actividades de postgrado, inicialmente programadas para el día 9 de abril. Pese a ello, se logró reacomodar el calendario de modo que el término del año lectivo será en el mes de diciembre, tal como ha ocurrido tradicionalmente. Es así como el 7 de mayo de 2010 se dio inicio al décimo cuarto año académico de los Programas de Postgrados de la Facultad de Derecho de Concepción que culmina el 17 de diciembre del presente año.

Aunque no fue posible dictar todos los programas previstos, pudo mantenerse la continuidad ininterrumpida de once años del programa de Magíster en Derecho de la Empresa, el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, tres Diplomados y quince cursos de perfeccionamiento jurídico, constituyendo los programas de postgrado de mayor convocatoria en la región.


Libros,
Resúmenes
y Recensiones
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo

De **William Thayer Arteaga**

Segunda edición actualizada
Santiago, 2009, Editorial Jurídica de Chile. 650 pp.

COMENTARIO:

Dora Yáñez Terán
Abogado
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Con gran orgullo e interés desarrollamos esta reseña acerca de la reciente obra denominada *Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo*, del destacado abogado, investigador, catedrático, ex Ministro del Trabajo y Previsión Social (1964-1968) y de Justicia (1968), ex Ministro subrogante de Educación (1968), ex Rector de la Universidad Austral de Chile (1968-1973), ex miembro del Consejo Ejecutivo de UNESCO (1974-1976), ex asesor del ministro de RR.EE (1978), ex miembro del Consejo de Estado (1981-1990), ex gerente general de la Editorial Jurídica de Chile - Editorial Andrés Bello (1981-1989), ex integrante del Instituto de Chile (1984), ex senador institucional designado por el ex Presidente don Augusto Pinochet Ugarte en su calidad de ex Rector de la Universidad Austral de Chile (1990-1998), ex vicerrector y ex presidente del Consejo de la Universidad de Las Condes (1997), autor de innumerables obras, don William Turpin Thayer Arteaga, cuya segunda edición actualizada a 30 de agosto de 2009, fue publicada en el mes de enero de 2010 por la Editorial Jurídica de Chile.

Cabe Decir, en primer lugar, que podría estimarse que el texto en comento abarca exclusivamente cuestiones normativas, doctrinales y jurisprudenciales del Código del Trabajo; no obstante la obra se extiende mucho más allá, dado que despliega y se hace cargo –por segunda vez– del compromiso que la Iglesia de nuestro país tiene para con el Padre Hurtado y con las alineaciones de éste último en el área del trabajo, al mantener los postulados de la primera edición.

El autor recordando la línea del Padre Hurtado poco comprendida por la sociedad en su tiempo, contribuye de una forma extraordinaria a revelar esa incomprendida labor precursora del sacerdote y abogado para fomentar la libertad sindical en Chile.

En este orden de ideas, no debemos olvidar que con la misma fuerza el autor en un primer momento se abocó en el estudio y comentario de los preceptos del Código del Trabajo, teniendo como base para ello, las normas de la Organización Internacional del Trabajo, que han contribuido a la Iglesia Chilena y su doctrina, la misión y obra del sacerdote inspirador en la obra del autor en análisis. En el texto, se puede observar como lo que en su momento era propio del contexto histórico donde a todas luces respondía a un inminente desafío de integración de las nuevas concentraciones urbanas, actualmente es un fenómeno no menos complejo y más transformado, que accede a mejores construcciones y con ello a mayores a ambiciones a fin de erradicar definitivamente la pobreza.

De esta forma, el estudio actualizado y profundizado del destacado autor es un paso más para agradecer como corresponde la obra dejada en vida de San Alberto Hurtado Cruchaga, canonizado el 23 de octubre de 2005. En efecto, esta segunda edición es útil y necesaria, pues el autor no sólo aprovecha de homenajear nuevamente al sacerdote por su reciente canonización, sino que además aprovecha de incorporar las vitales y continuas modificaciones introducidas al Código del Trabajo a contar del año 2003.

En cuanto a los cambios procesales y técnicos introducidos al libro V del Código del Trabajo (tribunales y procedimiento), incluyó el nuevo texto conservando el antiguo.

A mayor abundamiento, en lo que dice relación con la jurisprudencia judicial y administrativa el autor, acorde con los nuevos y exigentes lineamientos para todo abogado, incrementa considerablemente dicha jurisprudencia (principalmente durante el periodo 2003-2008) en más de 500 sentencias y dictámenes, respecto de la primera edición.

De esta forma, la segunda edición de esta obra, impreso en Enero de 2010, junto con mantener todo lo relevante de la primera, incorpora armoniosa y comprensivamente modificaciones legales a partir del año 2003 y abundante jurisprudencia judicial y administrativa, las cuales, por cierto, se encuentran debidamente actualizadas a la fecha de su edición.

En este sentido, desde ya se rescata el hecho de contar con actualizaciones relevantes y prácticas de la misma hechas con la intención de ilustrar el estudio de esta disciplina del derecho.

Poder resumir el contenido de esta segunda edición actualizada al igual que la primera edición, no resulta nada fácil pues esta nueva edición conserva todos y cada uno de los acápites anteriores en lo que fuese pertinente, con el adicional, –como ya se dijo– de importantes y determinadas actualizaciones que todo –buen– abogado debe tener, pudiendo atesorar el lector doctrina, jurisprudencia y normativa; por tal motivo, elogiamos este admirable aporte jurídico que de esta materia se hace. Sin duda que en este caso, las segundas partes si son mejores que las primeras.

Índice Revista Ius Publicum N° 24 / 2010
Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

Patricia Astorquiza Fierro. *El ser personal como fundamento del respeto de los derechos humanos.*
Francisco Elías de Tejada. *Relaciones entre Política y Derecho.*
Miguel Ayuso. *Las metamorfosis de la política contemporánea: ¿disolución o reconstitución?*
Jorge H. Sarmiento García. *Sobre la filosofía del Derecho Administrativo.*
Eduardo Soto Kloss. *El deber de obediencia en la Administración del Estado.*

IN MEMORIAM

Gonzalo Vial Correa.

CRÓNICA

Reflexiones éticas: Max Silva Abbott, Javier Ubeda Ibáñez, Ramiro Pellitero, José Mara Martí Sánchez, Andrés Ollero, Luis Mara Anson, Aquilino Polaino Lorente, José J. Escandell, David Fischman. **Reflexiones fuertes:** Gonzalo Rojas Sánchez. **Reflexiones tomistas:** Maraesther Gómez de Pedro.

DOCUMENTOS

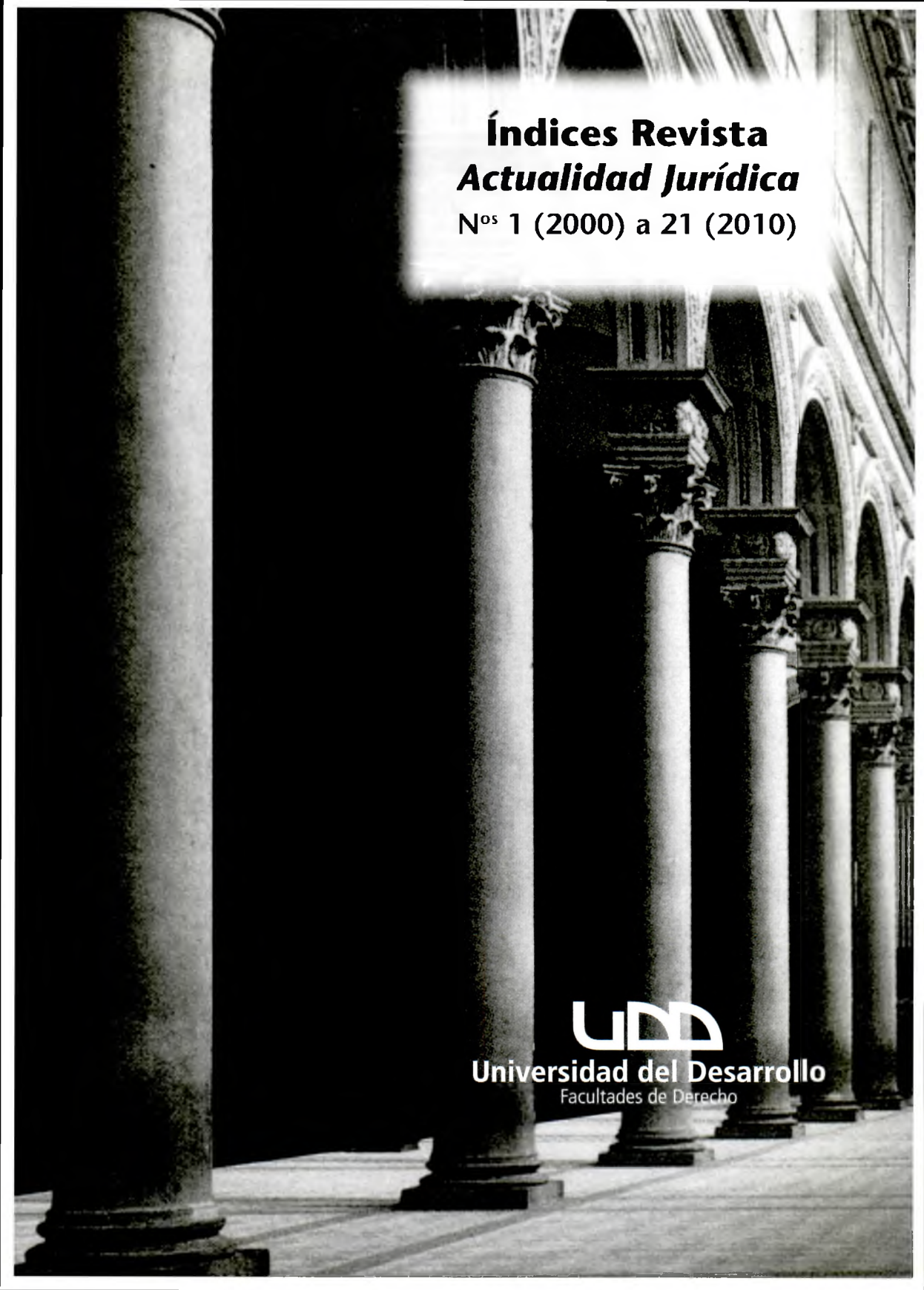
S.S. Benedicto XVI: *Mensaje para la celebración de la XLIII Jornada Mundial de la Paz - Solemnidad de la Natividad del Señor. Misa de Nochebuena - Mensaje Urbi Et Orbi - "Lectio Divina" en el Pontificio Seminario Romano Mayor - Discurso a la FAO con ocasión de la Cumbre Mundial Sobre Seguridad Alimentaria - Discurso al 56 Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos.*
S.S. Pablo VI: *Discours aux participante au Congrés Thomiste International.*
Juan Claudio Sanahuja: *Jéróme Lejeune, un científico camino a los altares.*
Alexandr Solyenitsin: *La rebelión de La Vendée.*
Rafael Alvira: *Entre la retórica populista y el desconcierto económico.*
Libertad y Desarrollo: *Subdere: Más recursos ¿más descentralización? - Superintendencias en tiempos de cambio.*
Acción Familia: *La Concertación saca de sus escombros al comunismo. A veinte años de la caída del Muro.*

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema. (26.11.2009). *Pérez Azócar y otros c/Constructora Copeva, Serviu Metropolitano y otro (Responsabilidad del Estado/ Serviu).*
Corte de Apelaciones de Temuco. (30.11.2009). *Lincolao Paineo y otro c/Servicio de Salud Araucanía Sur (Responsabilidad del Estado/ Servicio de Salud).*

RESEÑA DE LIBROS Y RESEÑA DE REVISTAS

EDICIONES IUS PUBLICUM



Índices Revista
Actualidad Jurídica
Nos 1 (2000) a 21 (2010)

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Índice de la Revista *Actualidad Jurídica*, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago

Números 1 (2000) a 21 (2010)

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 dossieres a algunos temas centrales predefinidos 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 Sr. **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 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__20.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. Sr. 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
(H) Semblanzas y Homenajes
(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.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, N° 20, 2009, 547.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.

7) Historia del Pensamiento Jurídico

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.

8) Introducción al Derecho

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.

FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, N° 21, 2010, 209.

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.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio)*, N° 20, 2009, 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.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo*, N° 20, 2009, 649.
BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación*, N° 21, 2010, 153.
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, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica*, N° 20, 2009, 789.
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.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, N° 20, 2009, 635.
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, 3006, 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, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, N° 20, 2009, 35.
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 y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*, N° 21, 2010, 225.
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.
MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional*, N° 21, 2010, 429.
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.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, N° 20, 2009, 597.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.

3) Derecho Administrativo
ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, N° 21, 2010, 387.
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, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros*, N° 20, 2009, 569.
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 derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 20, 2009, 577.
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.
BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, N° 20, 2009, 11.
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.
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.
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 DROGUETT, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio*, N° 21, 2010, 113.

CAMPUSANO DROGUETT, 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.

MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos*, N° 21, 2010, 71.

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 Jurisdiccionalidad*, N° 1, 2000, 55.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.

5) Derecho del Medio Ambiente
ARÓSTICA MALDONADO, Iván y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
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.
VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia*, N° 21, 2010, 89.
VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, N° 21, 2010, 49.

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, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009)*, N° 20, 2009, 347.
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.
PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, N° 21, 2010, 493.
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 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*, N° 20, 2009, 509.
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°, 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, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, N° 20, 2009, 365.
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 Las nuevas fuentes de responsabilidad civil)*, N° 21, 2010, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual colectiva*, N° 21, 2010, 9.
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, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia*, N° 20, 2009, 195.
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 enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 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.
SCHMIDT HOTT, Claudia, *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*, N° 20, 2009, 483.
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 "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara 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.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.
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 reconvención*, 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 marcaria 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 BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima*, N° 20, 2009, 741.

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.

OBERG 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.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, N° 21, 2010, 515.

3) Derecho Minero

4) Derecho de Aguas

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de agues 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 GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, N° 20, 2009, 81.

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, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?*, N° 21, 2010, 403.

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.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*, N° 20, 2009, 71.

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.
CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*, N° 21, 2010, 413.
KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.
LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, N° 20, 2009, 541.
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.
RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales*, N° 21, 2010, 451.
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria*, N° 21, 2010, 407.
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, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.
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.
ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, N° 20, 2009, 163.
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.
FIEGELIST 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.
TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, N° 20, 2009, 127.

5. Derecho Económico y Tributario

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica*, N° 21, 2010, 317.
BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias*, N° 20, 2009, 237.
BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.

BLANCHE REYES, Cristián, *El recurso de casación en materia tributaria*, N° 21, 2010, 375.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.
CAMPUSANO DROGUETT, 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.
FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, N° 20, 2009, 801.
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.
GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, N° 21, 2010, 255.
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, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*, N° 21, 2010, 325.
JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia*, N° 20, 2009, 759.
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.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, N° 20, 2009, 297.
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.
HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009*, N° 20, 2009, 215.
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 y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, N° 20, 2009, 697.
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, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.
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 Noguer, 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.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, *Claudio, La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.

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.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia*, N° 21, 2010, 345.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.

OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.

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.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, N° 20, 2009, 729.

B. VIDA ACADÉMICA

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)*[1] *Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241.
CAPRILE BIERMANN, *Bruno, Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*[2], N° 14, 2006, 307.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 857.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009*, N° 21, 2010, 567.
CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337.
CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 393.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77.
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351.
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325.
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231.
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419.
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301.
GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337.

[1] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.
[2] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

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.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 847.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2010*, N° 21, 2010, 559.
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, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico*, N° 21, 2010, 535.

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, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán*, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, N° 20, 2009, 837.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de Jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral, Corte Suprema*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema, 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.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago*, 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823.

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 Comditex 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.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo*, 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813.

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, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 11 (2005), N° 12, 2005, 259.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 15 (2007), N° 16, 2007, 533.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice 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, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 19 (2009), N° 20, 2009, 877.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 21 (2010), N° 21, 2010, 607.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde*, N° 13, 2006, 441.

CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca*, N° 12, 2005, 247.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández*, N° 20, 2009, 863.

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 Noguer*, N° 16, 2007, 525.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer*, 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.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo*, N° 20, 2009, 869.

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.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 20, 2009, 873.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 23-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 21, 2010, 603.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan*, N° 1, 2000, 333.
GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 18, 2008, 637.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *El derecho de Quiebras, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart*, N° 21, 2010, 597.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer*, 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.
YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 21, 2010, 599.

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

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 575.

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.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de agradecimiento al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 589.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 577.

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, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, N° 21, 2010, 387.
ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica*, N° 20, 2009, 789.
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, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico*, N° 21, 2010, 535. (CJ).
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 Benitez*, 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 transf*ormaciones 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, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo*, N° 20, 2009, 649.
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, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 11 (2005), N° 12, 2005, 259. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 15 (2007), N° 16, 2007, 533. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 16 (2007), N° 17, 2008, 611. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 19 (2009), N° 20, 2009, 877. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 21 (2010), N° 21, 2010, 607. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros*, N° 20, 2009, 569.

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, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica*, N° 21, 2010, 317.

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 DROGUETT, 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.
ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, N° 20, 2009, 729.
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, *Derecho en la Educación*, N° 21, 2010, 153.
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, *Diez años de reformas tributarias*, N° 20, 2009, 237.
BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
BLANCHE REYES, Cristián, *El recurso de casación en materia tributaria*, N° 21, 2010, 375.
BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de agues subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.
BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 20, 2009, 577.
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 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. (CJ).
BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, N° 20, 2009, 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.
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 DROGUETT, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca*, N° 12, 2005, 247. (R).
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta*, N° 5, 2002, 305.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio*, N° 21, 2010, 113.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
CAMPUSANO DROGUETT, 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 ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, N° 20, 2009, 635.
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 DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)*[3] *Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*[4], N° 14, 2006, 307. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 857. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009*, N° 21, 2010, 567. (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 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*, N° 20, 2009, 509.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde*, N° 13, 2006, 441. (R).
CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública, N° 7, 2003, 437.*

[3] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.
[4] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández, N° 20, 2009, 863. (R).
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 marcaria 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.
CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*, N° 21, 2010, 413.
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, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, N° 20, 2009, 547.
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, 3006, 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, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, N° 20, 2009, 35.
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 DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*, N° 21, 2010, 225.
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 y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, N° 20, 2009, 697.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009*, N° 20, 2009, 837. (CJ).

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral, Corte Suprema, 28 de septiembre de 2006*, N° 15, 2007, 325. (CJ).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 575. (H).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema, 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 Noguer*, N° 16, 2007, 525. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer*, 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, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo*, N° 20, 2009, 869. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317. (VA)
FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77. (VA).
FÁBREGA VEGA, Hugo y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 2, 2000, 383. (VA).
FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, *Separata Revista N° 16, Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, Julio de 2007.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, Noviembre de 2003. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, Julio de 2005. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, Mayo de 2003. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, 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. (H).
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, *Ius Publicum N° 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 20, 2009, 873. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 23-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 21, 2010, 603. (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.
FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, N° 21, 2010, 209.
FERMANDOIS 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. (H).

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 VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, N° 20, 2009, 801.
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, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.
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 Cattan*, 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 UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 2003*, N° 20, 2009, 823. (CJ).
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, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, N° 20, 2009, 81.
GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, N° 21, 2010, 255.
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 BALMACEDA, *Rafael, Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima*, N° 20, 2009, 741.
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, *El derecho de Quiebras, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart*, N° 21, 2010, 597. (R).
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 Noguer, 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 Noguer,* 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).
HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia,* N° 21, 2010, 345.
HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009,* N° 20, 2009, 215.
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, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009),* N° 20, 2009, 347.
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, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*, N° 21, 2010, 325.
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, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia*, N° 20, 2009, 759.
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.
LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, N° 20, 2009, 541.
MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos*, N° 21, 2010, 71.
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.
MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional*, N° 21, 2010, 429.
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 ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.
MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
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 YÁNEZ, 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, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?*, N° 21, 2010, 403.
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 POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo, N° 9*, 2004, 425. (CJ).
OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 393. (R).
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 2006*, N° 15, 2007, 313. (CJ).

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
PACHECHO QUEZADA, *Jaime, La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, N° 21, 2010, 493.
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. (H).
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).

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, N° 20, 2009, 297.

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.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.

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.

RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales*, N° 21, 2010, 451.

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, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo, 26 de marzo de 2007*, N° 20, 2009, 813. (CJ).

RIOSECO ENRÍQUEZ, *Emilio, La reforma procesal civil en materia probatoria*, N° 21, 2010, 407.

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 agradecimiento al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 589. (H).
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, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, N° 20, 2009, 365.
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 Las nuevas fuentes de responsabilidad civil)*, N° 21, 2010, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio)*, N° 20, 2009, 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 protesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*, N° 20, 2009, 71.
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, *Responsabilidad extracontractual colectiva*, N° 21, 2010, 9.
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, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.
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.
ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, N° 20, 2009, 163.
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, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia*, N° 20, 2009, 195.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 577. (H).
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, *Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 171.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 365. (R).
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.
SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.
SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.
SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.
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.
SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, N° 21, 2010, 515.
SCHMIDT HOTT, Claudia, *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*, N° 20, 2009, 483.
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).
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 847. (VA).
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2010*, N° 21, 2010, 559. (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.
TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, N° 20, 2009, 127.
TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurrencia" 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).
VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia,* N° 21, 2010, 89.
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.
VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno,* N° 21, 2010, 49.
VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, Carl Schmitt. *La agonía del Ius Publicum Europaeum,* N° 13, 2006, 343.
VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo,* N° 1, 2000, 341. (R).
VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales,* N° 9, 2004, 321.
VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica,* N° 13, 2006, 171.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno, N° 13, 2006, 189.*
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, El acceso a la profesión de abogado en España, N° 16, 2007, 51.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento,* N° 15, 2007, 93.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza,* N° 20, 2009, 445.
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.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales,* N° 20, 2009, 597.
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 reconvención*, 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).
YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 21, 2010, 599. (R).

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E-mail

Tipo de Suscripción

❑ Nueva ❑ Renovación ❑ 1 Año ❑ 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

❑ Boleta ❑ Factura

SUSCRIPCION*	**1 AÑO (2 Revistas)**	**2 AÑOS (4 Revistas)**
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

Universidad
SANTIAGO

BIBLIOTECA UDD SCL
R012618