

# ACTUALIDAD JURIDICA



Año XIII

N°25

Enero 2012

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes

•

Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas

•

Daño moral: un laberinto jurídico



**Universidad del Desarrollo**

SANTIAGO – CONCEPCION

*Universidad del Desarrollo*  
**HEMEROTECA**

# **ACTUALIDAD JURIDICA**

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año XIII, N° 25 – Enero 2012**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho

013364

# Índice de contenidos

• <b>Presentación</b> .....	5
<b>Homenaje. A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy</b>	
• <b>A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy.</b> Facultad de Derecho, UDD.....	9
<b>Tema central : <i>¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes.</i></b>	
• <b>Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza.</b> I. Covarrubias C. ....	13
• <b>Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una Incógnita.</b> J. Alvear T. ....	29
<b>Monografía. <i>Daño moral: un laberinto jurídico.</i></b>	
• <b>Daño moral: un laberinto jurídico.</b> P. Rodríguez G. ....	83
<b>Ensayos y Estudios</b>	
• <b>Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos.</b> S. Verdugo R. - J. F. García G. ....	175
• <b>Normas “circunstanciales”.</b> N. Enteiche R. ....	217
• <b>Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005.</b> S. Mohor A. ....	237
• <b>Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas.</b> S. Verdugo R. ....	257
• <b>Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de Sociedades Anónimas.</b> J. F. Gutiérrez - N. Santana H. ....	283
• <b>La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas.</b> F. Winter D. ....	315
• <b>La importancia del control en la administración del Estado.</b> E. A. Oñate V. ....	343
• <b>¿Procedimiento electrónico?.</b> H. Oberg Y. ....	359
• <b>Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal.</b> D. Bernales, E. ....	369
• <b>Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?.</b> N. Serón M. ....	385
• <b>Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad.</b> E. Carrasco, Q.....	421

• <b>Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin.</b> A. Leiva L. ....	439
• <b>Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria.</b> C. Manasevich L. ....	451
• <b>Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas.</b> J. Pacheco Q. ....	457
• <b>Innovación, investigación y desarrollo (I + D), y propiedad industrial.</b> M. V. Arroyo M. ....	469
• <b>Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas.</b> I. Olivares G. ....	481
• <b>Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión.</b> R. Bravo V. - M. F. Juppert E. ....	489
• <b>El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho.</b> C. Devoto B. ....	503
• <b>Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos.</b> J. L. Varela D. ....	513
• <b>Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile.</b> R. F. Campusano D. - C. Fahrenkrug ....	531

## **Análisis Jurisprudencial**

• <b>Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional.</b> C. Boettiger P. ....	557
• <b>Una sentencia que acoge un recurso por ultra petita que jurídicamente es indiscutible y además.... justa.</b> J. García E. ....	571
• <b>La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía.</b> A. Araya F. - J. Pacheco Q. ....	583

## **Actividades de las Facultades**

• <b>Facultad de Derecho, sede Santiago.</b> T. Siles D. ....	633
• <b>Facultad de Derecho, sede Concepción.</b> S. Arcas A. ....	649

## **Libros, Resúmenes y Recensiones**

• <b>"La Resistencia de las Constituciones Nacionales", de Z. Elkins, T. Ginsburg y J. Melton.</b> S. Verdugo R. ....	663
• <b>Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico,</b> de R. Fernández T. D. Yáñez T. ....	673
• <b>Índice Revista Ius Publicum N°27/2012</b> .....	675

## **Índice de la "Revista Actualidad Jurídica"**

• <b>Índice Revista "Actualidad Jurídica" N°s 1 a 24.</b> .....	679
-----------------------------------------------------------------	-----



## Presentación

La edición N°25 de *Actualidad Jurídica* ofrece, como tema central, el estudio de los proyectos sobre reformas constitucionales en materia educacional, presentados y en tramitación en el Congreso Nacional. Como es dominio público, en el segundo semestre del año 2011, el país se vio estremecido por un movimiento estudiantil que despertó la preocupación general de la ciudadanía por el sistema de educación en todos sus grados, especialmente en lo que concierne a la enseñanza universitaria. Fue a propósito del alto costo de los aranceles y de la debilidad económica de muchos hogares para afrontar su pago, lo que encendió la mecha y movilizó a estudiantes, profesores y familias completas, en manifestaciones públicas multitudinarias de resonancia nacional e internacional.

El movimiento, sin embargo, careció de una plataforma programática que diera sustento y justificación a aspiraciones específicas y bien delineadas, predominando en él consignas dirigidas más al sentimiento que a la razón (“enseñanza gratuita para todos”, “fin al lucro en la educación”, “mejoramiento en la calidad de la enseñanza”). Por otra parte, invariablemente, cada acto público desembocó en hechos de violencia que afectaron la integridad de bienes públicos y privados, desfigurando ante la ciudadanía la imagen que quisieron darle sus promotores. Lo anterior, unido a la exagerada duración de estas manifestaciones, fue debilitando la fuerza inicial del movimiento e identificándolo con corrientes políticas sobradamente conocidas.

Con todo, en la opinión pública ha quedado la impresión de que los meses de verano sólo constituyen un receso, lo cual permite avizorar que las hostilidades se reanudarán con más fuerza a partir del próximo semestre afectando, nuevamente, la normalidad de las actividades académicas. No puede negarse que, como consecuencia de lo señalado, una parte significativa de nuestro estudiantado universitario, especialmente adscrito a los establecimientos estatales, ha perdido prácticamente un semestre completo, el cual se pretende recuperar mediante la extensión artificial del mismo, lo que, a todas luces, parece dudoso y muy difícil de lograr. Otro tanto puede decirse de la enseñanza media, muchos de cuyos alumnos se verán desfavorecidos en la Prueba de Selección Universitaria (PSU) por la suspensión forzada de clases. Cuanto señalamos, implica un retroceso significativo en el campo educacional, especialmente en lo que concierne a la calidad de la enseñanza, aspecto en el cual el movimiento puso especial énfasis.

Consecuencia de este fenómeno, que colocó a Chile entre los países mayormente afectadas por movimientos sociales de descontento y rebeldía y, en especial, em-

peñado en impulsar un nuevo modelo educacional más equitativo y justo, han surgido varios proyectos de reforma a la Constitución (sobre educación pública; derecho a la educación y la libertad de enseñanza; tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad; aseguramiento de la calidad de la educación; cautela a la educación mediante el recurso de protección; garantía del derecho a la educación; derecho a la educación y libertad de enseñanza; calidad y financiamiento de la educación), todos ellos pendientes del trámite legislativo.

Nuestra Revista ha creído necesario analizar estos proyectos a la luz de los principios que informan la Constitución y los derechos fundamentales consagrados en ella. Nos parece especialmente sensible atender a lo prescrito en el artículo 19 N°10 de la Ley Suprema, que consagra el “derecho a la educación” y determina el rol que cabe al Estado y a los particulares en su fomento y desarrollo. Existe el justo temor de que un movimiento estudiantil con los rasgos antes descritos, pueda desviar sus fines, atropellar derechos y funciones bien definidas, y renovar luchas ideológicas que se arrastran desde hace más de un siglo. La persistencia de esta movilización traerá consigo, sin duda, cambios jurídicos de importancia, promovidos por una agitación que nunca es buena consejera en materia legislativa. Por lo tanto, es urgente adelantarse a estos cambios, reforzar instituciones y principios que no deben vulnerarse al momento de aprobar las leyes, evitando, de este modo, una regresión perniciosa. De aquí la trascendencia que asignamos al tema central.

La Revista contiene, además, numerosos otros trabajos relacionados con el derecho público y privado, debiendo destacarse el relativo al análisis del sistema interamericano de derechos humanos; el recurso de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad a la luz de la reforma del año 2005; el plebiscito como instrumento democrático de políticas públicas; la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas; la objeción a la validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión; el régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile; etcétera. Se incluye también en esta edición una breve monografía sobre el daño moral, al que se presenta como un verdadero “laberinto jurídico”, habida consideración a la dispersión y multiplicidad de opiniones en la doctrina y en la jurisprudencia.

Esperamos que el lector encuentre en estas páginas un apoyo que sirva para dar respuesta a tantas interrogantes que surgen cada día, especialmente en un año que presentimos agitado y, en muchos aspectos, jurídicamente incierto. *Actualidad Jurídica*, fiel a su misión y compromiso, seguirá atentamente la evolución de estos procesos que, como es previsible, darán vida a nuevas expresiones del derecho objetivo.

EL DIRECTOR



**Homenaje.**  
***A la memoria de***  
***Ernesto Silva Bafalluy***



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho





Ernesto Silva Bafalluy  
(1948 - 2011)

## **A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy**

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo rinde en estas páginas un sentido homenaje de gratitud y recuerdo al Rector Ernesto Silva Bafalluy, recientemente fallecido. Su desaparición ha golpeado muy hondo en todos y cada uno de nosotros por la magnitud de su obra, por el espíritu de superación que nos legara y por el apoyo constante que brindó a nuestro quehacer académico. Junto a sus grandes condiciones humanas, que lo hacían especialmente sensible frente a los problemas de la juventud, el Rector Silva Bafalluy se identificó por el empuje, la vitalidad y el entusiasmo que desplegaba, rasgos que definían su personalidad, junto a un poder prodigioso para transmitir y contagiarnos su visión y compromiso con el proyecto universitario que abrazó.

Las instituciones que perduran y trascienden al paso de los hombres por este mundo nacen de los sueños de sus creadores y se hacen realidad gracias al esfuerzo de un equipo humano capaz de diseñarlas, construirlas y proyectarlas hacia el futuro. Ernesto Silva Bafalluy se representó en sus sueños la Universidad del Desarrollo, formó parte del equipo que la fundó, y encabezó su cuerpo directivo en las dos primeras décadas de existencia. Inesperadamente, como si fuera llamado por designios superiores, dejó este mundo, en medio del dolor de quienes lo reconocíamos como el líder de un ideal compartido: construir una universidad de excepción capaz de aportar a Chile legiones de profesionales empapados con aquellos valores que motivaban su acción.

Todos nosotros hemos asumido el desafío que nos dejara Ernesto Silva Bafalluy y sellado un compromiso irrenunciable con las tareas que realizamos y la preservación del espíritu que él gravó en el alma de esta casa de estudios. Sensible y afectuoso, pero fuerte y objetivo ante las dificultades; comprensivo, pero severo para medir los avances y los resultados; solidario, pero exigente ante el cumplimiento del deber. Trasmitió, a todas las generaciones que se formaron bajo su conducción, un imperativo de responsabilidad social, de sentido ético y de servicio público, postulados que dieron un sello propio al modelo de universidad que se proponía. Así entendía la misión que nos cabe en el mundo contemporáneo y lo que el país espera de nosotros.

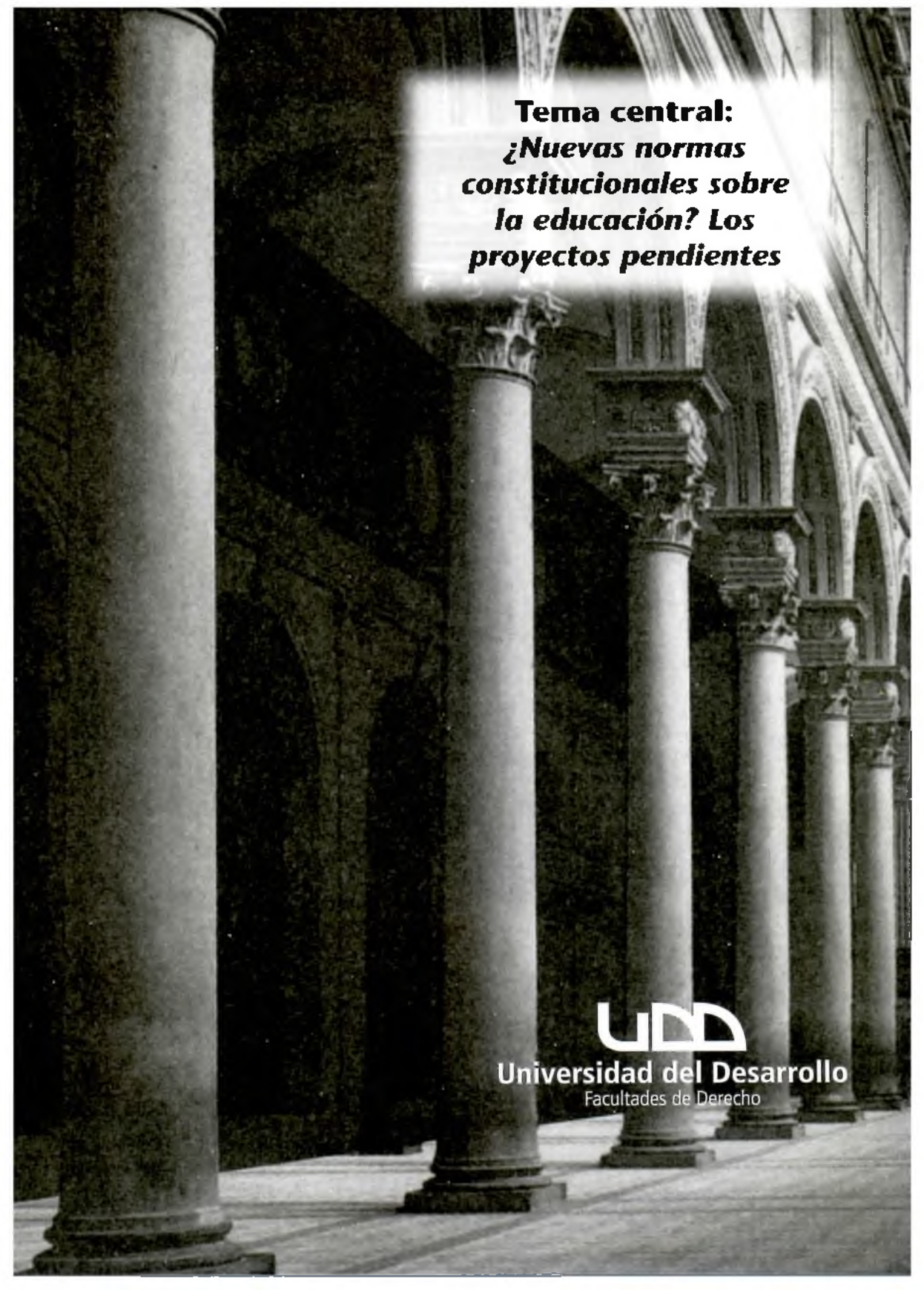
Para los espíritus superiores, la función más noble y dignificante está asociada al esfuerzo de comprender y orientar el carácter, las inquietudes y los sentimientos de la juventud. Esta es la tarea que se imponen los hombres capaces de avizorar el porvenir e influir en las metas que identifican a cada generación. De Ernesto Silva Bafalluy recibimos este legado y lo honraremos sin vacilaciones ni renunciamentos.



Por lo mismo, para nosotros él no ha muerto, sólo se ha integrado al alma de la Universidad del Desarrollo y seguirá siendo el conductor que nos guió por más de 20 años. Su presencia nos acompañará cada día, por duras que sean las dificultades que nos esperan. Nada hará que desaparezca su ejemplo. Seremos celosos custodios de la huella profunda que dejó su paso por esta tierra.

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO





**Tema central:**  
***¿Nuevas normas  
constitucionales sobre  
la educación? Los  
proyectos pendientes***



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho

# Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza

**Ignacio Covarrubias Cuevas<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** El presente trabajo no persigue sino efectuar algunas observaciones preliminares y de orden general, fundamentalmente desde la perspectiva constitucional, respecto de aquellas iniciativas legislativas –consistentes mayoritariamente en Proyectos de Reforma Constitucional– emprendidas tanto por el Presidente de la República como por algunos parlamentarios, sobre materias que dicen relación con el derecho fundamental a la libertad de enseñanza, reconocido por el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental.

\*\*\*

## 1. Objeto y estructura del trabajo

En primer lugar, se hará una síntesis de las iniciativas concretas que estimamos más relevantes, según las diversas materias de interés constitucional que abordan, para finalmente llevar a cabo una serie de comentarios críticos a los presupuestos o aspectos medulares que inspiran algunas de las propuestas previamente esbozadas en la parte descriptiva del trabajo.

A las iniciativas de origen parlamentario que pretenden cambios constitucionales nos referiremos como “mociones de reforma”, mientras que a aquellas que desean incorporar modificaciones meramente legales las identificaremos simplemente como “mociones legales”. Del mismo modo, a las propuestas del Presidente de la República las denominaremos “mensaje de reforma” o meramente “mensaje”, según se refieran a materias de ley o de reforma constitucional.

Debe dejarse constancia que si bien muchas de las iniciativas impulsadas por el Ejecutivo como por parlamentarios involucran, asimismo, el derecho a la

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

educación, no nos referiremos directamente a aquéllas, porque serán objeto del análisis llevado a cabo por otro autor en la presente publicación.

## 2. Cuadro comparativo de las iniciativas de reforma constitucional actualmente en trámite en el Congreso

Para tener un panorama general que permita identificar el tema, la autoría, entre otras informaciones de interés sobre las distintas iniciativas de reforma constitucional hoy existentes, es que se adjunta el siguiente cuadro comparativo. De las allí mencionadas sólo algunos Proyectos de Reforma Constitucional inciden directamente en materias del derecho a la libertad de enseñanza, por lo que no nos referiremos en nuestro comentario a todos y cada uno de ellos.

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA	REFUNDIDO
7.748-04	22/6/11	ALLENDE, ESCALONA, LETELIER, MUÑOZ, ROSSI.	Proyecto de Reforma Constitucional sobre Educación Pública	(7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04)
7.788-04	13/7/11	LAGOS WEBER, NAVARRO, QUINTANA, ROSSI.	Proyecto de reforma constitucional en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza	(7748-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04)
7.851-04	9/8/11	GÓMEZ, LAGOS WEBER, NAVARRO, QUINTANA, RUIZ-ESQUIDE.	Proyecto de reforma constitucional sobre tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad.	(7748-04 / 7788-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04)
7.867-04	16/8/11	CANTERO, ESPINA, LARRAÍN, QUINTANA, ZALDÍVAR.	Proyecto de reforma constitucional para asegurar la calidad de la educación	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 /



BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA	REFUNDIDO
				7883-04 / 7907-04 / 7961-04)
7883-04	30/8/11	CHAHUÁN	Cautela el derecho a la educación mediante el recurso de protección	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04)
7.907-04	6/9/11	GIRARDI, LETELIER	Garantiza el derecho a la educación	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7867-04 / 7961-04)
7.959-04	28/9/11	RUIZ-ESQUIDE, SABAG, IGNACIO, WALKER, , PATRICIO WALKER, ZALDÍVAR.	Sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04)
7.961-04	28/9/11	PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SEBASTIÁN PIÑERA	Sobre calidad y financiamiento de la educación	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04)

### **3. Iniciativas de modificación legal en materia de aportes del Estado al funcionamiento de universidades no estatales.**

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA
7.760-04	5/7/11.	ESCALONA, FREI,	Sobre requisitos de funciona-

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA
		GÓMEZ, NAVARRO y ROSSI.	miento de universidades no estatales, en relación con el lucro.
7.856-04	10/8/11	LETELIER, BIANCHI, CANTERO, ESCALONA y QUINTANA.	Prohíbe aportes estatales a entidades que persigan fines de lucro en la educación.

#### **4. Síntesis de las iniciativas contenidas en algunos Proyectos de Ley o de Reforma Constitucional sobre Libertad de Enseñanza.**

Atendida la variedad de materias abordadas por las iniciativas arriba individualizadas y que inciden en materias de libertad de enseñanza, es que las identificaremos de conformidad con aquellos aspectos del aludido derecho fundamental en que se desea innovar. Asimismo, nos referiremos numéricamente a cada una de las referidas iniciativas, según el orden cronológico con que se inició su tramitación ante el Congreso Nacional.

##### **4.1. En cuanto al contenido de la libertad de enseñanza**

La moción de reforma (6)<sup>2</sup> propone adicionar un deber al lado de aquellos derechos que configuran el contenido de la libertad de enseñanza. Así, al derecho de “abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”, hoy reconocido por la Constitución Política, la referida iniciativa pretende establecer “el deber de prestar, en igualdad de condiciones, una educación de calidad”.

##### **4.2. En relación a las limitaciones a la libertad de enseñanza**

La moción de reforma (2)<sup>3</sup> propone añadir a las limitaciones ya establecidas por la Carta Fundamental –esto es, “la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”– las siguientes: “las derivadas de su función social y el bien común”.

Por su parte, la moción de reforma (6) propone derechamente eliminar de la actual disposición aquella parte en que se establecen las restricciones a la libertad de enseñanza, delegando en una ley orgánica constitucional “las limitaciones a que se sujetará el ejercicio de este derecho” y...

<sup>2</sup> Moción de los honorables senadores señores Girardi y Letelier, que garantiza el derecho a la educación. Boletín N° 7.907-04, de fecha 6/09/2011.

<sup>3</sup> Proyecto de reforma constitucional en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza, iniciado por moción de los senadores señores Navarro, Lagos, Quintana y Rossi. Boletín N° 7.788-04, de fecha 13/7/11.

Finalmente, la moción de reforma (7)<sup>4</sup> sugiere mantener la redacción actual del inciso primero del artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental, reconociendo el derecho a la libertad de enseñanza en los establecimientos educacionales, aunque explicitando la siguiente limitación: “respetando las normas legales que la regulen”.

#### **4.3 En cuanto a las materias entregadas a una ley orgánica constitucional**

La moción (6) incorpora a la educación “superior” dentro de los niveles de enseñanza en los cuales deben establecerse “los requisitos mínimos que deberán exigirse” por la referida ley orgánica. Hoy el texto constitucional dispone que dichos requisitos mínimos sean exigibles sólo para los niveles de enseñanza básica y media.

La moción (7) dispone dos cambios: (a) sustituir la jerarquía de ley orgánica por una ley simple, y (b) incorporar como materia de dicha ley simple el establecimiento de “(...) los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación”.

#### **4.4. Innovaciones en relación a la finalidad lucrativa en ciertos establecimientos educacionales**

La moción de reforma (2) propone establecer que “los establecimientos de enseñanza prebásica, básica y media y de educación superior que reciban aporte del Estado no podrán tener fines de lucro directa o indirectamente a través de entidades relacionadas”.

A su vez, la moción simplemente legal (1)<sup>5</sup> pretende prohibir a las corporaciones sin fines de lucro establecidas conforme a la Ley 20.370, Ley General de Educación, “sostener vínculos contractuales financieros o comerciales con entidades que involucren a quienes integren los órganos de dirección, administración, ejecución y control de la corporación, y/o terceros relacionados. Esta incompatibilidad será absoluta y su violación será causa suficiente para poner término al reconocimiento oficial otorgado por el Estado”.

Similar propuesta contempla, asimismo, la moción (2)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Proyecto de reforma constitucional, iniciado por moción de los honorables senadores señores Walker, don Ignacio, Ruiz-Esquide, Sabag, Walker, don Patricio, y Zaldívar, sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza. Boletín N° 7.959-04, de fecha 28/9/11.

<sup>5</sup> Proyecto de ley iniciado en moción de los honorables senadores señores Escalona, Frei, Gómez, Navarro y Rossi, sobre requisitos de funcionamiento de universidades no estatales, en relación al lucro. Boletín N° 7.760-04, de fecha 05/07/2011.

<sup>6</sup> Proyecto de ley iniciado en moción de los honorables senadores señores Letelier, Bianchi, Cantero, Escalona y Quintana, que prohíbe aportes estatales a entidades que persigan fines de lucro en la educación. Boletín N° 7.856-04, de fecha 10/08/2011.

#### 4.5. En relación al aseguramiento de la calidad de la enseñanza

La moción (2) propone establecer lo siguiente: "La ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación".

### 5. Comentarios sobre algunos de los aspectos contenidos en las iniciativas precedentemente expuestas

#### 5.1. ¿Estado subsidiario versus Estado solidario?

Uno de los fundamentos que apoyan la moción (1)<sup>7</sup> sostiene que la libertad de enseñanza como el derecho a la educación "se sustentan en el rol subsidiario del Estado, principio jurídico-político que impregna el conjunto de la institucionalidad económica, social y política, antagónico a una idea de Estado solidario, que sienta las bases de un país más humano".

Si bien es efectivo que la subsidiariedad es uno de los principios fundantes de la Carta Fundamental, lo cual se encuentra acreditado en el texto constitucional e inequívocamente en su historia fidedigna<sup>8</sup>, de ello no se sigue, como lo señala la exposición de motivos citada, que el Estado solidario constituya una noción "antagónica" a la del Estado subsidiario. Nada más alejado del orden conceptual y práctico del referido principio rector en materia económico-social, pues la solidaridad constituye uno de los activos operativos de la subsidiariedad estatal en su faz activa, esto es, en la obligación de la autoridad de intervenir ante las carencias de la actividad privada, sean dichas carencias por causa de omisiones en la iniciativa particular o defectos en su prestación<sup>9</sup>. Desde esta perspectiva, la solidaridad es un resultado virtuoso de la correcta comprensión y aplicación de la subsidiariedad o también como un incentivo que potencia el carácter social del rol del Estado en la sociedad.

¿Cómo no va a ser solidario que el Estado vaya en sostén de dar educación a aquellos que no pueden proveérsela por sus propios medios como también de garantizar que quienes sean destinatarios de ella reciban una educación con estándares mínimos de calidad? Se advierte así que la faz activa del rol subsidiario del Estado, antes que antagónica con la solidaridad, es en sí misma solidaria, por ir en procura de ayuda o incentivo (*subsidium*) de quienes no pueden darse un bien público tan relevante como salud, educación, acceso a la justicia, entre otras prestaciones de similar envergadura.

<sup>7</sup> Moción de Reforma Constitucional de los senadores Navarro, Lagos, Quintana y Rossi. Boletín 7788-04, de fecha 13/07/2011.

<sup>8</sup> COVARRUBIAS CUEVAS (2003) y, SAN FRANCISCO (1997).

<sup>9</sup> COVARRUBIAS CUEVAS (2001), pp. 82-86.

## 5.2. Subsidiariedad-solidaridad: ¿llenar el espacio dejado por los particulares o corregir las falencias del ocupado por ellos?

Conforme a lo expuesto, es efectivo que la subsidiariedad supone que el Estado ha de secundar la actividad privada, pero si ésta acomete su tarea defectuosamente, ¿el Estado ha de suplantarla? La respuesta es negativa en principio, atendido que lo relevante es que la sociedad reciba diversos bienes públicos, independientemente de quién los provea (con la salvedad de ciertos bienes respecto de los cuales el Estado debe ocuparse de modo exclusivo y excluyente, tales como defensa nacional, aspectos de la administración de justicia, la función normativa, entre otras).

Precisamente porque lo relevante es la satisfacción del bien común, es que en el evento en que los particulares que proveen de bienes públicos fallen en dicha labor o la lleven a cabo defectuosamente, el ordenamiento jurídico debe contemplar incentivos para que el rumbo sea enmendado (multas) y en caso de perseverarse en las falencias disponer su cancelación (revocación del permiso o licencia) –como el derecho lo prevé en materia sanitaria, ambiental, entre otros ámbitos– debiendo adoptar en todo caso las providencias para que el espacio dejado por la iniciativa privada sea llenado por otro particular, y en caso de no ser esto posible, asumir la suplencia.

Lo señalado es clave, ya que la subsidiariedad, bien entendida y aplicada, no sólo consiste en que el espacio dejado por los particulares sea llenado por otro particular y, en último caso, por el Estado mismo (función de suplencia), sino que primariamente consiste en corregir y subsanar las falencias del espacio efectivamente ocupado por aquellos (función normativa).

Lo primero, como se señaló, atendido que es importante que los bienes públicos lleguen a todos, quien quiera que sea el que los brinde, sector público o particulares, pero recayendo siempre la preferencia en éstos. Luego, la función normativa hace posible que satisfecho lo anterior –el acceso y/o cobertura a dicho bienes, la provisión de ellos no sólo sea efectiva, sino de utilidad conforme a la naturaleza de la prestación. No es lo mismo velar por la calidad de las vacunas (prestadas por el sector público y privado) que fiscalizar la calidad de la enseñanza.

De este modo, la tarea impostergable del Estado subsidiario de ir en ayuda de todos quienes no poseen acceso a la educación significa que este deber ha de ser igualmente satisfecho con parámetros de calidad por quienes lo proveen. Esto, toda vez que asegurar la cobertura de una prestación sin garantizar la calidad de la misma no cumple con uno de los presupuestos centrales de la subsidiariedad –suplir las falencias de los particulares en materias de bien común–. Por otra parte, admitir que un bien público sea entregado defectuosa-



mente impide, a la postre, que se cumpla la finalidad por la cual fue entregado y frustra la promesa de igualdad de oportunidades para todos, promovida por el artículo 1° de la Carta Fundamental.

Llevado lo anterior al tema que nos ocupa, pareciera que lo relevante es que el bien público educación superior llegue a la mayor cantidad de destinatarios con aptitudes suficientes para aprovecharlo y conforme a estándares mínimos de calidad, sea prestado por establecimientos públicos o privados. Veremos enseguida si este objetivo es compatible con el ejercicio de la libertad de enseñanza.

### **5.3. No importa quien provea el bien público educacional: lo relevante es que dicha provisión se haga y sea de calidad.**

Despejado, en abstracto, el punto de que corresponde a una función del Estado subsidiario no sólo crear las condiciones para que la actividad educacional se realice efectivamente, sino también corregir o subsanar las deficiencias en que incurra la iniciativa privada que lleva a cabo la prestación del aludido bien público, cabe preguntarse cómo dicho proceso debe hacerse sin que el resguardo de los parámetros de calidad educacional, en el ámbito universitario, pongan en entredicho la libertad de enseñanza de que constitucionalmente gozan los mismos establecimientos para “abrir, organizarse y mantenerse” como tales.

La respuesta no puede ser contestada adecuadamente sin un par de consideraciones preliminares. Lo primero es que difícilmente un gobierno puede abocarse a la tarea de garantizar estándares mínimos de calidad en la enseñanza universitaria si previamente no ha satisfecho en buena medida el acceso a la educación –vía ampliación de la cobertura entre otros aspectos de orden cuantitativo– sean éstos de mayor o menor calidad. Obrar de otro modo importaría una injusticia mucho mayor que aquella consistente en omitir efectuar mejoras a una prestación ya existente, como quiera que posterga aspiraciones más básicas

La segunda observación pasa por clarificar que la calidad, como un estándar de exigencia en abstracto, no es posible que sea garantizada por el derecho, simplemente porque ello no está dentro de las aptitudes de la disciplina jurídica. Así, no presta utilidad alguna que una norma jurídica –y menos una norma de derecho fundamental– garantice el “acceso a una educación de calidad” sin saber lo que se entiende por ésta. Lo que la ciencia jurídica sí puede hacer es promover, incentivar o exigir, en la legislación subordinada, estándares concretos conforme a reglas claras que digan relación con parámetros objetivables que inciden en aspectos determinados de la calidad en la enseñanza.

Por lo señalado, es que la moción (2) que propone establecer que “[l]a ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación” va en la

línea correcta, como quiera que se aleja de la utópica ilusión de hacer justiciable –como un derecho directamente exigible para todos– más bien una legítima aspiración social<sup>10</sup> y, por otra parte, porque permite al legislador sentar las bases para dictar una normativa que asegure estándares de calidad, así como la fiscalización del cumplimiento de los mismos por parte de los agentes regulados.

El punto en que se precisa de especial cuidado en el diseño de la normativa que se dicte para introducir estándares de calidad en la enseñanza superior es que se contemplen los indispensables resguardos para que la necesaria discrecionalidad administrativa no contribuya, en un escenario de débil revisión judicial, a un resultado en que so pretexto de regular la actividad educacional termine afectándose el contenido esencial del derecho a la libertad de enseñanza.

Lo anterior supone que la apertura, organización y mantención de un establecimiento de educación superior no podrá depender del criterio discrecional de la futura Agencia Reguladora de la Calidad, sino que dicho juicio habrá de adecuarse a parámetros objetivos –número de libros, de profesores con postgrado, de infraestructura, por alumno– que deben ser satisfechos mínimamente en un período razonable.

En efecto, la “apertura” de un establecimiento universitario no podría quedar condicionado al cumplimiento actualizado de una serie de estándares que, aunque deseables para establecimientos en desarrollo, probablemente ninguna de las universidades privadas hoy existentes –y tampoco muchas públicas– habrían sido capaces de satisfacer de haberles sido exigidos *ab initio*. No entender que tales parámetros deben ser cumplidos en un período razonable de tiempo supondría exigir barreras de entrada tan altas que equivaldrían, en el hecho, a “imponer condiciones (...) o requisitos que impidan” el libre ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza, vulnerándose de paso el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

#### 5.4. Bien público educacional: ¿privativo de las universidades estatales?

La moción de reforma (2) “reconoce la legitimidad del fin de lucro cuando se trata de la actividad empresarial que se ejerce con recursos privados, pero lo prohíbe cuando éste se ejerce con recursos del Estado”. Como consecuencia de lo señalado, propone derechamente que “los establecimientos de enseñanza

<sup>10</sup> ¿No es un contrasentido proclamar como derecho una pretensión que no es justo que todos reciban por igual? Si se está de acuerdo en que el acceso a la enseñanza de calidad es un estándar no reclamable por todos (de partida por quienes pueden proveérselo por sus propios medios), no puede asumirse dicha aspiración como un derecho constitucionalmente exigible. Ello simplemente porque los derechos en serio son reclamables (directamente exigibles) y lo son para todos (universales), cualidades que evidentemente no son cumplidas por una prestación exigible por unos pero no por otros (aunque estos sean una minoría). Lo anterior, sin perjuicio de la injusticia que importaría consagrar como derecho una prestación social de tal naturaleza. ¿Cómo va a constituir una exigencia de justicia que el Estado garantice –de modo universal– un bien que algunos (aunque sea una minoría) podrán siempre proveerse por sí mismos?

prebásica, básica y media y de educación superior que reciban aporte del Estado, no podrán tener fines de lucro directa o indirectamente a través de entidades relacionadas". De manera similar lo proponen las mociones (1) y (2).

La iniciativa expuesta se funda en la premisa implícita, aunque no por ello menos inconcesada, de estimar lo "público" como lo "estatal" o de suponer que el interés invocado por el Estado siempre se identifica con un interés público real o efectivo.

En lo concreto, tras la pretensión de excluir de financiamiento estatal a las universidades particulares se devela el interés soterrado de restringir el ejercicio de la libertad de enseñanza, bajo premisas erróneas: que la educación pública sería más democrática, de calidad y encarnaría mejor los valores de la igualdad. Los referidos propósitos no son más que una expresión de un reduccionismo que no se condice con los presupuestos de la solidaridad y justicia en los que dichas propuestas dicen fundarse.

Si hay acuerdo en que la sociedad debe proveer bienes públicos, entre los cuales indudablemente se encuentra la educación, con independencia de que dichas prestaciones sean llevadas a cabo por establecimientos universitarios públicos o privados, no se divisa razón poderosa para eliminar las ayudas públicas (subsidios, aportes fiscales de incentivo, fondos de investigación) a aquellos que persigan una legítima ganancia y brinden igualmente una educación de estándares de calidad, reconocidos según parámetros precisos y objetivables.

Admitido lo expuesto, sostendremos enseguida que el vilipendiado tema sobre el "lucro" –del modo en que se indicará– no constituye un escollo, sino, por el contrario, un incentivo legítimo, justo y eficiente para que los particulares puedan abocarse a ejercer en plenitud su derecho a la libertad de enseñanza, particularmente a nivel universitario.

#### **5.5. El problema no es el lucro, sino lo que se hace con él: las ayudas públicas sujetas a la calidad**

Me parece que hemos llegado a un punto en que hay acuerdo en que todos deben tener acceso –sea con fondos propios, regalados (becas reales) o prestados (créditos no abusivos)– a un sistema universitario de estándares mínimos de calidad, sea que quien provea la educación lo haga bajo la iniciativa pública o particular. Si lo anterior es efectivo, esto es, que lo importante es la difusión del bien público educacional a la mayor cantidad de personas, es indispensable que las fundaciones educacionales (que no poseen fines de lucro) tengan alternativas para que, sin vulnerar la ley ni su espíritu, puedan tener alternativas jurídicas para impulsar el proyecto educativo que pretende llevar adelante en virtud de la libertad de enseñanza que reconoce la Carta Fundamental.

El desarrollo de cualquier proyecto universitario de mínima calidad supone una inversión inicial de tal envergadura –particularmente en áreas de infraestructura e investigación– que difícilmente podría llevarse a cabo sin un flujo considerable y estable de donaciones o de créditos bancarios. Si la vía escogida para el referido impulso es la segunda, difícilmente dichos préstamos serían otorgados sin la creación de sociedades inmobiliarias que puedan responder por las obligaciones contraídas.

Ahora bien, a la luz de la discusión planteada, lo relevante no es que dichas sociedades comerciales posean fines de lucro (que lo tienen), sino en cómo se gestionan y distribuyen los excedentes generados en dichas sociedades, de modo que pueda afirmarse que tales personas jurídicas contribuyen a dar sustento al proyecto universitario y no importan un desvío de recursos destinados única o mayoritariamente a beneficiar a los dueños de las sociedades vinculadas a los proyectos de inversión emprendidos por el establecimiento universitario.

El modelo de negocios (la gestión) previsto es clave para enjuiciar acerca de si la utilidad que dichas sociedades prestan tiene por finalidad contribuir al proyecto institucional-universitario o más bien al desafío meramente empresarial. A modo meramente ilustrativo: si las rentas de arriendo (por infraestructura) que paga la universidad a las empresas inmobiliarias son por debajo del precio de mercado, esto es a un costo alternativo mayor que el promedio, es evidente que el beneficio está recayendo en la primera más que en la segunda.

Tratándose de la distribución de excedentes, si ésta tiene lugar sólo para recuperar la inversión, devolviendo las ganancias de las referidas sociedades en el desarrollo institucional, no hay duda que también se está promoviendo este criterio por sobre el de mera utilidad. En estos casos, podría ser una buena alternativa que la ley contemplara un plazo máximo de años para que las sociedades inmobiliarias recuperasen la inversión y alguna utilidad a condición que la infraestructura pase a consolidarse definitivamente en el patrimonio de la universidad.

Ahora bien, en caso que la universidad tuviere varias sociedades comerciales relacionadas que cobran por sus servicios a la sociedad, ellas pueden generar ingresos adicionales que, de ser distribuidos en el proyecto institucional, implicaría que los particulares –más allá de su iniciativa inicial– pasan a convertirse en un habitual coadyuvante de la autoridad, en la tarea conjunta de promover al bien común, proveyendo el bien público educacional.

Se advierte, así, que el problema no está en la naturaleza lucrativa de las sociedades relacionadas con la institución universitaria. Estas pueden contribuir o no al bien público en cuestión. Aquello de lo cual debería depender el aporte estatal es de los estándares de calidad entregados por el establecimiento de

educación superior, sea público o particular, por lo que las ayudas públicas deberían ser determinadas por dicho factor.

Esto, además de ser legítimo (en virtud del ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza) es justo y eficiente. Justo, porque pone los incentivos en la calidad de la educación, quien quiera que la provea, y es eficiente toda vez que permite allegar más recursos disponibles para que una mayor cantidad de educandos puedan acceder al referido bien público.

## **5.6. Libertad de enseñanza y derecho a la educación.**

### **¿Antinomia o complementariedad?**

La moción de reforma (1) señala que "se requiere transformaciones profundas en la Constitución Política de la República que hagan primar el derecho a la educación por sobre la libertad de enseñanza, el derecho de propiedad y a la libre empresa educativa".

Ya se ha advertido de algún modo, en las páginas precedentes, el absurdo que subyace a la premisa formulada en la exposición de motivos de la referida reforma constitucional. Si algo hay de efectivo en dicho planteamiento es que efectivamente se precisaría de profundas transformaciones—bastante más intensas todavía que las aquí propuestas— para terminar favoreciendo el derecho a la educación a costa de la libertad de enseñanza, entre otros derechos fundamentales como los allí mencionados. Si se entiende que el derecho a la educación es aquel que garantiza el acceso gratuito a una educación exclusiva o preferentemente pública, ciertamente dicha garantía se contrapone con la libertad de enseñanza.

Desde nuestra perspectiva, en cambio, ha quedado claro que el grado de satisfacción de que gozan las personas en su derecho a la educación es resultado consecuencial, a su vez, del grado de desarrollo de la libertad de enseñanza de los establecimientos educacionales: mientras más oferta educativa exista, mayor posibilidad de acceso a ella habrá por parte de sectores crecientes de la población, de modo que las iniciativas parlamentarias que pretenden eliminar los aportes estatales producirán un daño directo en términos de cobertura, afectando el mismo derecho a la educación en cuyo beneficio dicho cambio pretende introducirse.

Al ocasionarse una merma en la magnitud de la cobertura (por disminución de la oferta educativa) no sólo se afecta la libertad de enseñanza de los establecimientos y el derecho de opción de los padres, sino que paradójicamente termina por vulnerarse el mismo derecho a la educación, pero ya no sólo en cuanto al acceso, sino que en la misma calidad de la provisión para algunos, ya que al retrocederse en lo que se había avanzado en términos de cobertura, quienes antes recibían educación universitaria tendrían similar acceso al que habrían dispuesto regularmente. Para suplir esta carencia, el Estado tendría que desviar recursos



—que habitualmente destinaba a aportes directos en factores de calidad— para poner remedio un problema que ya estaba en buena medida resuelto.

### **5.7. ¿Libertad de enseñanza supeditada al bien común o ahogada por éste?**

A las limitaciones ya reconocidas por la Carta Fundamental a la libertad de enseñanza (moral, buenas costumbres y orden público), la moción de reforma propone añadir aquellas “derivadas de su función social y el bien común”.

Es indudable que los derechos fundamentales se encuentran sujetos en su ejercicio a las exigencias impuestas por la autoridad con miras satisfacer el interés público. Así lo reconoce por lo demás la Constitución Política, al proclamar que el bien común lo ha de promover el Estado “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (art. 1º, inc. 4º). Desde esta perspectiva, la moción indicada es redundante y perjudicial. Redundante, debido a que todos los derechos ya se encuentran limitados en su ejercicio por motivos de interés público. Lo dice el ya citado artículo 1º y lo confirma el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, que autoriza sujetar los derechos a que dicha intervención regulatoria no impida su libre ejercicio ni afecte su contenido esencial.

Asimismo, la propia libertad de enseñanza se encuentra sujeta especialmente a las limitaciones “impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”, exigencias estas que no constituyen sino manifestaciones particulares de aspectos del bien común, el que se encuentra reconocido como límite general a los derechos por los ya aludidos artículos 1º y 19 N° 26 de la Carta Política.

La moción es también perjudicial en la perspectiva de la técnica legislativa, toda vez que la inclusión de dicha propuesta en un derecho en particular, como en la libertad de enseñanza, podría dar pie para sostener que en aquellos casos en que la referida sujeción al bien común o a la función social no se encuentra expresamente establecida, los derechos no se encontrarían sometidos a la limitación reconocida por el artículo 1º de la Carta Fundamental por no haberse previsto en particular para el derecho de que se trate.

### **5.8. La libertad de enseñanza es una especie de actividad económica lícita.**

Vimos que una de las limitaciones que la moción de reforma (4)<sup>11</sup> quiere añadir al inciso primero del artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental es que la libertad

<sup>11</sup> Moción de reforma constitucional, iniciada por los Senadores Cantero, Larraín, Espina, Quintana y Zaldívar, para asegurar la calidad de la educación. Boletín N° 7.867-04, de fecha 16/8/2011.

de enseñanza se lleve a cabo "respetando las normas legales que la regulen", aparte de las limitaciones ya reconocidas en el texto constitucional.

El aludido propósito es redundante y por ello innecesario. Lo es dado que la actividad emprendida en virtud de la libertad de enseñanza es también una actividad económica lícita, por lo que también se encuentra protegida por el "derecho a desarrollar cualquiera actividad económica", reconocida por el artículo 19 N° 21 de la Constitución, derecho que se encuentra actualmente sometido a idéntica limitación que aquella que los legisladores pretenden incorporar ahora al artículo 19 N° 11 del Texto Fundamental.

En efecto, la Constitución Política asegura la libertad de emprender respecto de "cualquier" "actividad económica", concepto éste que también comprende a las actividades económicas empresariales (lucrativas). Pero dicho derecho no queda circunscrito sólo a estas, como quiera que la libre iniciativa en materia económica supone llevar a cabo una actividad que importa satisfacer diversas necesidades múltiples mediante la asignación de bienes escasos<sup>12</sup>, y qué duda cabe que la actividad educacional es una de aquellas que satisface una necesidad material como espiritual del hombre<sup>13</sup>, aunque no persiga una finalidad de carácter comercial o empresarial con un legítimo afán lucrativo.

De este modo, al encontrarse la actividad educacional sometida a las "normas legales que regulan" las actividades económicas, sean o no de carácter lucrativo, resulta una duplicidad innecesaria replicar la referida limitación para el caso de la libertad de enseñanza.

### **5.9. ¿Es posible asegurar la calidad mediante normas de derecho fundamental?**

Como vimos, se propone mediante la moción de reforma (1) incorporar al artículo 19 N° 11 de la Constitución un inciso final que señale lo siguiente: "La ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación". Por su parte la iniciativa de reforma (4) sugiere incluir "el establecimiento de estándares de calidad".

Constituye indudablemente un avance pretender situar la discusión sobre la "calidad de la educación" en sede legal antes que como contenido del derecho a la libertad de enseñanza. Además, parece sensato discurrir sobre los "estánda-

<sup>12</sup> NAVARRO BELTRÁN (1999), p. 28.

<sup>13</sup> EYZAGUIRRE y CLARO (1966), p. 12, quienes han dicho que "[l]a actividad económica tiene como fin la satisfacción de las necesidades de orden material del hombre". El carácter ilimitado de las necesidades y la escasez de los recursos para hacerles frente es advertido, asimismo, por la ciencia económica. A modo ilustrativo, véase SAMUELSON y NORDHAUS (1993), p. 13.

res de calidad" antes que asegurar la calidad en abstracto, lo que ciertamente no es jurídicamente posible.

Como ya lo señaláramos, difícilmente un avance atribuido a un aspecto cualitativo de una actividad humana puede ser resorte de una norma de carácter fundamental. En segundo término, no se divisa de qué manera una norma que asegure la calidad de la educación pudiera ser directamente aplicable si no se sabe cuál sería el contenido de la referida "prestación". Si ya carece de realismo jurídico la misión de atribuir a los jueces la justiciabilidad de prestaciones sociales, más surrealista resulta hacerlo cuando dicha prestación es en sí misma carente de autosustento conceptual.

Finalmente, una cuestión de técnica jurídica. Lo que se pretende asegurar ciertamente no es la "calidad" de la actividad educacional –simplemente ello no es posible garantizarlo por el legislador–. Lo que éste sí puede hacer es establecer los "parámetros" o "estándares" conforme a los cuales debe medirse.

## Bibliografía

CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo (2004): "Derechos Constitucionales", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2001): "El principio de subsidiariedad", en Navarro Beltrán, Enrique (editor), *Veinte años de la Constitución Chilena: 1981-2001*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2003): "Vigencia de la Libertad de Enseñanza (Una perspectiva jurídica a propósito de los Contenidos Mínimos Obligatorios de Enseñanza)", en *Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae*, N° 6.

EYZAGUIRRE G., Jaime, y CLARO V., Ricardo (1966): *Elementos de la Ciencia Económica*, Editorial del Pacífico, 4ª ed. Santiago.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2005): "La libertad de Enseñanza ante el Tribunal Constitucional", en *Estudios de Derecho Actual*, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1999): "Notas sobre el contenido esencial del derecho a emprender cualquiera actividad económica", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 3.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (1986): "El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico-jurídica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13.

SAN FRANCISCO REYES, Alejandro (1992): "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 3.

SAMUELSON, Paul A., y NORDHAUS, William D. (1993): *Economía*, McGraw-Hill, 4ª ed.

SOTO VELASCO, Sebastián (2009) "Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 1.

VARGAS, Juan Enrique; PEÑA, Carlos, y CORREA, Jorge (2001): "El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 42, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

# Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita

**Julio Alvear Téllez**

Profesor Derecho Constitucional

Universidad del Desarrollo

Doctor en Derecho

Universidad Complutense de Madrid

**Resumen:** el artículo aborda la actual problemática de la educación chilena desde la perspectiva constitucional, con oportunas referencias a las iniciativas legales que existen sobre la materia. El balance, en general, resulta insatisfactorio al comprobarse que las reformas propuestas se asientan, en su mayoría, sobre débiles bases teóricas, se fundan en diagnósticos parciales o excesivamente ideologizados, y ocupan técnicas jurídicas ineficaces para lograr los objetivos que se proponen. Fallas en la que no cae la iniciativa presidencial, a la que, sin embargo, hay que enrostrar la adopción de criterios exclusivamente cuantitativos en la solución de la crisis.

\*\*\*

El estatuto constitucional de la educación tal como se consagra en el artículo 19 N° 10 y 11 es bastante razonable y equilibrado: reconoce el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y consagra los rasgos básicos e insustituibles del sistema educativo chileno, anclado en la función subsidiaria del Estado, el valor social de la educación, la universalidad de su acceso en los niveles básico y medio y el régimen prestacional mixto.

Sin embargo, en los últimos años ha emergido una insatisfacción gradual respecto al modo como viene operando el sistema. En sus puntos álgidos, dicha insatisfacción ha sido objeto de una notoria manipulación política a fin de amplificar sus alcances y cuestionar el sentido global del estatuto constitucional chileno, particularmente en lo que se refiere a la función de la libre iniciativa y al rol subsidiario del Estado. Pero la insatisfacción existe, es real, y tiene hondos componentes expresivos de una serie de dificultades económicas y culturales. Económicas, porque las familias chilenas cargan con un peso mayúsculo a la hora de financiar la educación de sus hijos. Culturales, porque la educación ha devenido en profesionalización, y ésta en promesa de mejora de la calidad de vida, lo que en muchos está lejos de hacerse rea-

lidad, o se logra a altos y permanentes costos para la vida personal, familiar e incluso psíquica.

¿Es responsable de estas dificultades nuestro estatuto constitucional de la educación? ¿Es una falla del sistema o de los operadores del sistema que no han aplicado con equilibrio sus principios en el ámbito legal y/o reglamentario? O finalmente estamos ante un problema de débil gestión de recursos jurídicos ya suficientes y satisfactorios?

Las interrogantes precedentes abren al menos tres alternativas de solución, supuesto el adecuado diagnóstico de los hechos:

1) Que el problema radique en el actual diseño constitucional de la educación, lo que haría necesario modificarlo, enmendarlo sustancialmente o sustituirlo.

2) Que el problema radique en las opciones legales o reglamentarias que han concretado o desarrollado el presente marco constitucional, lo que exigiría su enmienda, sea adicionando nuevas opciones, sea suprimiendo las que existen, sea consolidándolas con oportunas rectificaciones. El marco constitucional sería en sí mismo satisfactorio para los fines educacionales que necesita el país; lo que se requeriría es perfeccionar su implementación a nivel legislativo y/o reglamentario.

3) Que el problema caiga en la inadecuada gestión del actual diseño constitucional y legal, por lo que toda solución normativa correría el riesgo de fracasar si no se afronta el problema en esta dimensión técnica, pero a la vez sociológica y cultural.

Respecto al último punto, hay consenso en torno a los problemas de gestión en el ámbito de la educación escolar municipalizada. Pero se discute ampliamente la adecuada tipificación de otros problemas según afecten o no a los respectivos intereses sectoriales: el destino eficiente de los recursos que reciben las universidades estatales; el "lucro" supuesto, real o encubierto de las universidades privadas (y de las universidades tradicionales no estatales e incluso de las estatales); la falta de transparencia en el manejo de los recursos privados adscritos a fines educacionales; la defección de la disciplina escolar como modelo positivo y compartido de la educación básica y media, etc.

Constatado lo precedente, haremos una descripción de las propuestas de reforma constitucional que en la materia se han presentado en los últimos meses. Posteriormente se evaluarán sus aciertos y fallas, con algunas referencias a los proyectos de ley que las desarrollan. Finalmente, se analizarán las incógnitas que despiertan estas propuestas proponiendo algunas líneas generales de solución.



## I) Proyectos de reforma constitucional en materia de educación

### Antecedentes:

Resulta desconcertante observar que en connivencia con las manifestaciones estudiantiles que han sugestionado al país, se han presentado ocho proyectos de reforma constitucional sin que ello sea estrictamente necesario. Y se anuncian otros.

Existe, en primer lugar, una tendencia a creer que los problemas se saldan por sí solos, por arte de magia, mutando la letra de la Constitución. De tal manera que si pretendemos obtener, por ejemplo, una "educación de calidad", avanzamos sustantivamente si insertamos el concepto en el texto constitucional. Pero ¿cómo insertamos un término de textura abierta de tan amplias pretensiones? ¿A modo de ideal, promesa, meta, estándar o derecho subjetivo? La exigencia concreta de lo jurídico exige precisiones ulteriores que hacen preguntar si realmente es útil convenir en este género de cuestiones a nivel constitucional.

En segundo lugar se constata que estos proyectos cargan con un déficit de técnica normativa. Se olvida, demasiado presurosamente, que el estatuto constitucional vigente sobre educación no es una norma cerrada, sino un marco abierto dentro del cual caben diversas configuraciones por parte del legislador. Este cuenta con diversas opciones, entre ellas, v. gr., propender a una "educación de calidad" fijando ciertos estándares mínimos que deben ser cumplidos por las instituciones de enseñanza. En otras palabras, no es necesario modificar la Constitución para rectificar oportunamente las fallas de nuestro sistema. Salvo que se quiera tocar su texto por motivos ideológicos o de odiosidad política, cual es la perspectiva que en realidad está sirviendo de apoyo a los proyectos más dinámicos sobre la materia y que nada tienen que ver, dígame de paso, con la solución realista de nuestras dificultades educacionales.

La siguiente tabla<sup>1</sup> da cuenta de los proyectos de reforma constitucional presentados en los últimos meses:

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA	REFUNDIDO
7.748-04 Senado	22/6/11	ALLENDE, ESCALONA, LETELIER, MUÑOZ, ROSSI.	Proyecto de reforma constitucional sobre educación.	(7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04 )

<sup>1</sup> Damos gracias a María José Fernández, ayudante de la Dirección de Investigación de la Universidad del Desarrollo, por la confección de esta tabla y la recopilación de los datos correlacionados.

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA	REFUNDIDO
7.788-04 Senado	13/7/11	LAGOS WEBER, NAVARRO, QUINTANA, ROSSI.	Proyecto de reforma constitucional en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza.	(7748-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04 )
7.851-04 Senado	9/8/11	GÓMEZ, LAGOS WEBER, NAVARRO, QUINTANA, RUIZ-ESQUIDE.	Proyecto de reforma constitucional sobre tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad.	(7748-04 / 7788-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04 )
7.867-04 Senado	16/8/11	CANTERO, ESPINA, LARRAÍN, , QUINTANA ZALDIVAR.	Proyecto de reforma constitucional para asegurar la calidad de la educación.	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7961-04 )
7883-04 Senado	30/8/11	CHAHUÁN	Cautela el derecho a la educación mediante el recurso de protección	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04 )
7.907-04 Senado	6/9/11	GIRARDI, LETELIER	Garantiza el derecho a la educación	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7867-04 / 7961-04 )
7.959-04	28/9/11	RUIZ-ESQUIDE, SABAG, IGNACIO,	Sobre derecho a la educación y libertad	(7748-04 / 7788-04 /

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA	REFUNDIDO
WALKER, PATRICIO,		de enseñanza	7851-04 /	
		WALKER, ZALDÍVAR.		7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04 )
7.961-04	28/9/11	PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SEBASTIÁN PIÑERA	Sobre calidad y financiamiento de la educación	(7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04)

De acuerdo al orden cronológico que figura en el cuadro precedente, analizaremos los proyectos en particular distribuyéndolos en tres grupos:

- **Proyectos que presentan un carácter “rupturista”**. Suponen que el problema de la educación en Chile es consecuencia del actual diseño constitucional, por lo que se hace necesario enmendarlo sustancialmente o sustituirlo. Consideran repudiables todos o algunos de sus principios constitutivos, o, más aún, rechazan de un modo global las bases inspiradoras de la actual institucionalidad. Desde una perspectiva política, el tópico de la educación es un expediente para ajustar cuentas con la Constitución, a la que consideran maléfica.

- **Proyectos de tinte “oportunista”**. Pretenden consagrar imperativamente, a nivel constitucional, lo que en el actual marco fundamental se permite de manera potestativa dentro de las legítimas opciones de desarrollo legislativo. Orientados únicamente por la contingencia y el sentido político partidista, confunden los distintos planos de nuestra crisis educacional acoplándolos a un mismo diagnóstico, todo, digámoslo en jerga chilena, para “salir del paso”. Utilizan el recurso constituyente para satisfacer simbólicamente promesas que debieran ser satisfechas *in recto* en otros ámbitos de la realidad jurídica y social.

- **Proyectos “profundizadores”**. Están destinados a explicitar normas o principios que se deducen de la Constitución, pero que se los quiere hacer más claros ante la dinámica de urgencia de los problemas actuales. Connotan una continuidad sustancial con el estatuto vigente, aunque se pliegan al prurito injustificado de enmienda del texto constitucional, cuyo contenido se va licuando por su disponibilidad.

## II) Proyectos que presentan un carácter “rupturista”

Comenzamos con el primer grupo. Para esta categoría el análisis en concreto del estatuto sobre la educación y sus eventuales problemas es secundario, pues lo que importa sobremanera es colocar como premisa de todo diagnóstico el hecho de que la Constitución de 1980 es perversa. El silogismo es simple: la ley fundamental es nociva; luego, sus disposiciones en materias de educación también lo son. En consecuencia, deben ser reformadas sustancialmente.

Las propuestas que se articulan en torno a este modelo son cuatro:

(i) Proyecto de reforma constitucional iniciado por moción de los senadores Navarro, Lagos, Quintana y Rossi, en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza (Boletín N° 7.788-04 del 13 de julio del 2011), en adelante **moción 1**.

(ii) Proyecto de reforma constitucional iniciado por moción de los senadores Gómez, Lagos Weber, Navarro, Quintana y Ruiz-Esquide, sobre tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad (Boletín 7.851-04, del 9 de agosto del 2011), en adelante **moción 2**.

(iii) Proyecto de reforma constitucional iniciado por moción de los senadores Girardi y Letelier, sobre garantía del derecho a la educación (Boletín 7.907-04, del 6 de septiembre del 2011), en adelante **moción 3**.

(iv) Proyecto de reforma constitucional iniciado por moción de los senadores Allende, Escalona, Letelier, Muñoz y Rossi, sobre educación (Boletín N° 7.748-04 del 22 de junio del 2011), en adelante **moción 4**.

A continuación exponemos las propuestas de reforma contenidas en estos cuatro proyectos, intentando armonizarlas entre sí. Posteriormente identificamos y describimos lo que nos parecen ser sus ideas centrales en lo que tienen de común y de diferencial. Al final, realizamos un balance cuyo objeto no es describir, sino que valorar las interrogantes que estas iniciativas abren.

### 1) Modificaciones propuestas: una visión de conjunto.

La **moción 1** busca reformar sustancialmente –al menos así lo declara– el estatuto constitucional vigente sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira en una serie de principios que invoca como tales:

i) Un nuevo concepto de educación pública, cuyo contenido hay que inducirlo de la lectura del proyecto en su conjunto. Expresamente se habla de una “*educación pública, gratuita, de calidad y no discriminatoria*”, a lo que hay que agregar el carácter igualitario-nivelador y el utopismo democratista, entre otros conceptos.

ii) Repudio a la municipalización y asignación al Estado de la tarea de proveer educación pública, gratuita, de calidad y no discriminatoria (sic, igualitaria), a través de entidades creadas por ley distintas a las municipalidades.

iii) Restricciones a la libertad de enseñanza. El proyecto elimina la restricción relativa a la seguridad nacional e incorpora los conceptos de bien común y función social a los cuales debe supeditarse dicha libertad.

iv) Término del lucro con dineros del Estado. El proyecto dice reconocer la legitimidad del fin de lucro cuando se trata de la actividad empresarial que se ejerce con recursos privados, pero lo prohíbe cuando éste se ejerce con recursos del Estado. Del mismo modo, se afirma terminar con el “resquicio” que permite que la educación privada con aporte estatal sin fines de lucro constituya en paralelo sociedades con fines de lucro que la desnaturalizan y la convierten en educación de mercado.

v) Derecho a la educación amparado por el recurso de protección, el cual no se estableció en su época por mala fe, esto es, *“bajo la excusa de que los derechos sociales estarían bajo esta tutela en la medida que el desarrollo económico del país lo permitiera”*.

vi) Repudio al “régimen neoliberal” establecido en la Constitución de 1980. Este criterio está presente en toda la exposición de motivos, aunque no se le invoca –probablemente por razones de prudencia– en los principios inspiradores del proyecto.

Los criterios precedentes sirven para proponer el reemplazo del artículo 19 N° 10 de la Constitución por el que sigue:

“10. La educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene por objeto su pleno desarrollo espiritual y material, enmarcado en el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable, democrática y activa en la sociedad.

El Estado creará, financiará y administrará un sistema de educación público y gratuito, que garantice a todas las personas el acceso igualitario a éste, de conformidad a lo establecido en la ley.

Los padres tienen el derecho a exigir una educación de calidad. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

La educación básica y media son obligatorias. En el caso de la educación media, este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

El Estado promoverá la educación parvularia.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos su niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

La **moción 1** también sustituye el artículo 19 N° 11 de la Constitución, tema que es abordado por otro artículo de la presente edición de “Actualidad Jurídica”.

En la **moción 2** se reconocen al menos dos ideas basales:

i) Un nuevo concepto de educación, vinculado a ciertos ideales políticos genéricos tal como son cultivados por los movimientos socialistas contemporáneos de corte marcusiano.

ii) El diseño de un nuevo derecho fundamental: el “*derecho a la educación pública, gratuita y de calidad*”, cuya satisfacción corresponde al Estado, garantizado además por el recurso de protección.

El proyecto adiciona ciertas palabras al texto constitucional a fin de configurar el nuevo derecho, con expresa obligación del Estado de financiarlo:

i) En el numeral 10 del artículo 19 se agrega la frase “*de calidad, y la gratuidad de la Educación Pública*”.

ii) En el inciso sexto del numeral 10 del artículo 19 se intercala entre las palabras “fomentar” y “el”, la siguiente frase: “*y financiar*”.

iii) Se incorpora en el inciso sexto del numeral 10 del artículo 19, entre las palabras “educación” y “en”, la palabra “pública”.

iv) Se agrega en el inciso primero del artículo 20 el numeral “10°”.

La **moción 3** propone reformas con el objeto de fijar el deber del Estado de garantizar el *acceso igualitario a la educación de calidad*, con expresa alusión a



la educación superior. De la lectura del proyecto se desprenden al menos las siguientes ideas fundamentales:

i) El derecho a la educación es hoy ineficaz porque está modalizado por el *"régimen neoliberal"*. En la Constitución de 1980 la educación es (a) *"un derecho de papel"*, (b) un *"muy buen negocio"*, facilitado por la legislación que le dio ejecución.

ii) Precisando la última idea, se sostiene sin ambages que la educación superior privada es una mera fachada del lucro. El proyecto busca prohibir los beneficios económicos a las universidades privadas, salvo que cumplan ciertas condiciones que señala.

iii) La libertad de enseñanza es pura y simplemente una coartada de la lógica del mercado. Y el problema de la municipalización, coartada a su vez de la libertad de enseñanza, que empuja al Estado hacia la parálisis en materia educacional.

iv) El modelo de la Constitución de 1980 ha producido una educación escolar desfinanciada, abandonada por el Estado, versus una educación privada segmentada y elitista, todo lo cual solo puede ser subsanado a través del rol del Estado como *"interventor directo en el proceso educativo"*.

v) Añoranza de la Constitución de 1925: dicha carta, estableciendo un modelo público y privado, consagraba la educación pública como atención preferente del Estado. En este sentido, se diseña un derecho a la educación en todos sus niveles y sin más requerimientos que contar con las aptitudes y capacidades personales para acceder y mantenerse en ella, todo lo cual supone un compromiso del Estado con su función pública.

El proyecto modifica el art. 19 N° 10° de la siguiente forma:

i) Intercala en su inciso tercero entre las expresiones *"Corresponderá al Estado"* y *"otorgar especial protección al ejercicio de este derecho"*, la palabra *"garantizar"*.

ii) Agrega en su inciso sexto entre las expresiones *"Corresponderá al Estado, asimismo"* y *"fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles"*, la expresión *"garantizar el acceso igualitario y"*

Asimismo, se reforma el artículo 19 N° 11:

i) Se incorpora la expresión *"y el deber (del Estado) de prestar, en igualdad de condiciones, una educación de calidad"*.

ii) Se derogan los incisos 2° y 3°.

iii) Se incorpora en su inciso quinto, entre las expresiones "Una ley orgánica constitucional establecerá" y "los requisitos mínimos que deberán exigirse", la expresión "las limitaciones a que se sujetará el ejercicio de este derecho y".

iv) Se adiciona a la palabra educación "media", la expresión "y superior", como objeto de deber estatal.

Finalmente se propone la modificación del artículo 20, agregando el numeral "10°".

La **moción 4** busca reformar sustancialmente los incisos sexto y séptimo del artículo 19 N° 10, alterando la fisonomía del derecho a la educación tal como hoy lo conocemos. Invoca los siguientes motivos, aunque no ordenados sistemáticamente:

i) Continuidad con la Constitución de 1925, cuyas disposiciones se afirma actualizar en torno a tres categorías: noción de aseguramiento de la calidad de la educación; obligación del Estado de procurar financiamiento de la educación pública; financiamiento a entidades privadas que no persiguen fines de lucro.

ii) Incompatibilidad de la Constitución de 1980 con las ideas precedentes. Si bien ésta, al decir del proyecto, concibe el derecho a la educación como un derecho subjetivo de acceso al servicio que debe ser mantenido directa o indirectamente por el Estado, y como un derecho social que obliga efectivamente al Estado a otorgar a cada individuo la posibilidad real y efectiva a la educación, no establece lo más importante: (a) la obligación de asegurar la educación de calidad, (b) los requisitos para optar a los fondos del Estado; (c) que la educación sea pluralista, democrática y no selectiva.

iii) Ejemplo del derecho comparado que regula el control y la calidad en la educación.

iv) Necesidad de reordenar los deberes del Estado en materia de educación, estableciendo la obligación específica sobre la calidad; el financiamiento y la administración del sistema educativo público.

En su parte dispositiva, el proyecto reemplaza los incisos sexto y séptimo del artículo 19 N° 10 por el siguiente texto:

"Corresponderá al Estado, asimismo, resguardar el derecho a la educación, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; asegurar la calidad de ésta; estimular la investigación científica y tecnológica, la

creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

El Estado financiará un sistema de educación de administración estatal. Sólo la educación estatal y la privada gratuita, pluralista, democrática, no selectiva y que no persiga fines de lucro recibirán del Estado una contribución económica que garantice su funcionamiento y calidad, de conformidad a la ley”.

A modo de complemento, agrega un inciso final al artículo 19 N° 11, que dispone que *“la ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación”*.

## 2) Análisis de los tópicos comunes y diferenciales

Proponemos a continuación la identificación de las ideas específicas comunes a las cuatro mociones en comento, notando, cuando es oportuno, sus matices diferenciales.

### a) Malignidad de la Constitución chilena

La **moción 1** sostiene que:

- La Constitución *“consolida el proceso de desestructuración y ruptura de las relaciones económicas y sociales que inspiraron al Estado chileno surgido a mediados del siglo 20”,* inspirado en las *“grandes mayorías”* y cuya mejor expresión fue el *“Estado docente”*;
- La Constitución es *“expresión de una refundación neoliberal de la sociedad y el Estado chileno en sus aspectos políticos, económicos, sociales y culturales, las que no hubieran sido posible en un sistema democrático y que solo se viabilizaron por un régimen de fuerza constituido al margen de un Estado de Derecho”*.
- Durante los gobiernos de la Concertación nada ha cambiado. La Constitución sigue siendo ilegítima por su exponencial déficit democrático: *“La recuperación de la democracia, en la cual la sociedad civil jugó un papel relevante, no trajo como consecuencia cambios sustanciales a dicho orden económico y social, al contrario, las rectificaciones que en esta materia se han introducido han profundizado las contradicciones entre dicho orden y una democracia plena”*.

La **moción 2** afirma que la reforma constitucional es *“un eje fundamental de la reforma a la educación chilena”*, dado que la educación es un medio para realizar el ideal de igualdad y de democracia que la actual Constitución y su concepto de Estado impiden.

La **moción 3** expone que la Constitución de 1980 impulsó un *"régimen neoliberal"* incompatible con los derechos de naturaleza social como la educación y el rol activo que le cabe al Estado en la materia.

La **moción 4** presupone que nuestra Ley Fundamental ha atribuido al Estado poderes meramente pasivos, que han impedido integrar la educación a un sistema *"democrático y pluralista"*.

### b) Significado último de la crisis educacional

Para la **moción 1** la crisis en educación es perjudicial en sus ultimidades por afectar el valor de la igualdad, entendido a la manera colectivista y niveladora, en potencial choque con la libertad, a la que hay que sacrificar si es necesario.

La **moción 2** expone la crisis con una lectura de fuerte contenido ideológico, aunque implícita y sugerida. Concibe a la educación como medio para realizar al "ciudadano" en el sentido rousseauniano del término. Hay que educar al pueblo para que sea parte activa de la democracia asumida como paradigma de felicidad social en la que se realizarán axiomáticamente los valores de la modernidad: la igualdad, la tolerancia, la justicia social, etc. La insatisfacción sería fruto del incumplimiento de tales ideales.

Es claro que el diseño constitucional en materia educativa no cumple con estos roles utópicos. El problema es que ningún texto normativo puede realizarlos.

La **moción 3** estima que la educación está en crisis porque su estructura y función ha sido modalizada por el *"régimen neoliberal"*, el que ha sumido a la enseñanza en todos sus niveles en el vértigo maléfico del lucro.

La **moción 4** postula que desde el régimen militar no se han creado en Chile las condiciones para que el derecho a la educación pueda ejercerse *"de una manera real y efectiva"*.

### c) Fundamento político de la reforma constitucional

La **moción 1** sostiene que las demandas centrales de las movilizaciones estudiantiles son la *"defensa de la educación pública"*, el *"fin al lucro"* y el término del actuar remiso del Estado bajo *"los gobiernos que ha tenido Chile en los últimos 37 años"*. En tal contexto, es necesario emprender un *"cambio de estructura"*; más aún, una *"reforma de fondo a la Constitución de 1980"* que *"obligue a modificar y perfeccionar el conjunto de una normativa que no es compatible con los requerimientos de profundización democrática que la sociedad chilena exige a un gobierno surgido de la voluntad soberana del pueblo"*. La tarea pendiente consiste

entonces nada más ni nada menos que en *"desatar los nudos constitucionales, herencia del régimen militar"*.

La **moción 2** sugiere la importancia de reformar la constitución para formar *"ciudadanos libres, preparados para el ejercicio de la democracia y la responsabilidad social"*. Solo así se podrá alcanzar una genuina libertad, obtener justicia social y ganar *"la batalla contra la desigualdad"*.

La **moción 3** expone abiertamente que es necesario *"eliminar o derogar de la Carta Fundamental todas aquellos conceptos y principios de corte neoliberal de que fue provista en la materia y que han permitido y justificado el desarraigo del Estado de su función pública educacional y el lucro indiscriminado financiado por todos los chilenos"*.

#### **d) Nuevo concepto de Estado y de su rol en la educación.**

La **moción 1** identifica explícitamente a un gran adversario que hay que avasallar: el principio de subsidiariedad. El es el responsable del abandono de la educación a diversos títulos. Incluso es responsable de la municipalización de la educación estatal y sus fracasos. De ahí que sea necesario oponer un nuevo concepto de Estado: el *"Estado solidario"*, único capaz de *"sentar las bases de un país más humano"*. Se trata de un Estado con una función directiva, en donde no queda claro ni su eventual rol interventor ni su precisa incompatibilidad con el carácter subsidiario rectamente comprendido.

El proyecto plantea que *"será el Estado el encargado de proveer educación pública, gratuita, de calidad y no discriminatoria, a través de entidades creadas por ley distintas a las municipalidades"*.

Para la **moción 2**, el Estado debe encarnar un rol activo en la educación a fin de formar *"buenos"* ciudadanos, acordes con los valores de la contemporaneidad. Tiene así la *"responsabilidad de proveer"* directamente la educación, particularmente la escolar, *"asegurando el cumplimiento de los principios de gratuidad, universalidad y calidad"*.

La **moción 3** asigna al Estado, más allá de la contingencia de tener que asumir con mayor protagonismo la tarea educadora (lo que es compatible con el principio de subsidiariedad), la función de *"interventor directo en el proceso educativo"* en todos sus niveles. Hasta el presente habría sido solo *"guardián del cumplimiento correcto de las normas"*, perímetro pasivo al interior del cual se entiende que opera el principio de subsidiariedad. En este contexto, el Estado subsidiario habría dejado un déficit difícil de superar: educación estatal desfinanciada y abandonada; educación privada segmentada y elitista.

El proyecto parece rechazar el carácter de marco normativo que tiene el actual estatuto constitucional, dentro del cual caben diversas opciones legislativas en materia de educación. En este contexto, recrimina a la LOCE por *“conferir a los padres de familia la responsabilidad (derecho y deber) de educar a sus hijos mientras el Estado procura asegurar que existan alternativas”*. Lo que habría configurado *“un Estado que se asume ajeno al proceso mismo de la educación”* y que *“no puede por tanto ofrecer calidad de la educación, que es lo que se ha insistido en asegurar como derecho en el debate actual”*.

El rol del Estado subsidiario ha sido nefasto. El fracaso de la municipalización, la mala calidad de la educación especialmente en el sector privado y el excesivo afán de lucro han sido sus frutos más característicos. No está de más citar el alcance de esta grave imputación: *“el Estado abandonó la administración fiscal de la educación secundaria, la que pasó a un régimen municipal desfinanciado y virtualmente quebrado hasta nuestros días y el sector privado masificó su oferta de una educación de baja calidad, desregulada, sin control ni supervisión estatal, cara y además subvencionada, lo que ha permitido la proliferación de un abundante número de nuevos emprendedores “sostenedores”, muchos de ellos inescrupulosos, que han lucrado con cargo a los subsidios que otorga el Estado”*.

La fórmula para salir del atolladero es radical. El texto del proyecto habla por sí solo: *“que se eliminen o deroguen de la Carta Fundamental todos aquellos conceptos y principios de corte neoliberal de que fue provista en la materia y que han permitido y justificado el desarraigo del Estado de su función pública educacional y el lucro indiscriminado financiado por todos los chilenos; e incorpore los conceptos y principios propios de un Estado comprometido con la función pública que le corresponde en la educación de nuestros niños y jóvenes”*.

La **moción 4** postula como uno de sus objetivos centrales *“reordenar los deberes”* del Estado en torno a la educación. Al efecto, el Estado se debe primariamente al *“sistema público educativo”*, que ha de financiar y administrar. Los establecimientos privados serán dignos de apoyo estatal mientras sean *“pluralistas, democráticos y no selectivos (sic)”* y en tanto no persigan fines de lucro. La ley determinará los mecanismos básicos para asegurar estas condiciones, amén de la calidad de la educación.

#### **e) Novel objeto de la educación**

De acuerdo al inciso primero del artículo 19 N° 10 de la Constitución, *“la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”*. Los proyectos en curso alteran en diverso grado la fisonomía de esta definición.



La **moción 1** dispone que el desarrollo de la persona está al servicio del proceso de socialización democrática y de los derechos humanos, categoría esta última que en nuestro medio es más política que jurídica. La educación pública será la encargada de realizar estos ideales, concepto que recuerda al viejo Estado docente y planificador de raigambre ilustrada.

La **moción 2** perfila la educación como un medio para lograr profesionales cualificados técnicamente y ciudadanos formados en los *"valores de la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto por el medio ambiente, la identidad y las raíces culturales e históricas de nuestra sociedad y (de) nuestros pueblos originarios"*. Tras estos lugares comunes se encuentra un nuevo concepto de la cultura, la política y la economía que a partir de ahora deben modelarse de acuerdo al criterio del *"desarrollo democrático"* y del igualitarismo. Todo lo cual, se entiende, será realizado por un sistema educativo de *"calidad"* a cargo del Estado, financiado a través del alza de los tributos y de la *"recuperación de los recursos naturales"*.

La **moción 4** postula una educación de calidad, esto es, *"pluralista y democrática"* fundada en un sistema de administración estatal *"gratuito"* y *"no selectivo"*. Estos calificativos son todos de textura abierta, de alta carga emocional en su posible componente ideológico, por lo que abren múltiples interrogantes a la hora de orillar su concreción.

#### **f) Configuración del derecho subjetivo a la educación**

Para la **moción 1** el *derecho a la educación* junto a la *libertad de enseñanza*, tal como se encuentran consagrados en el artículo 19 N°s 10 y 11, son *"enclaves autoritarios"* (sic). No se explicita cómo un derecho libertad podría convertirse en tal peregrina figura: si por su naturaleza, sus atributos, su origen o su fin. Lo único que se sugiere al respecto es que la educación debe transformarse en un derecho subjetivo de prestación inmediata e igualitaria por parte del Estado en cuanto a su acceso, gratuidad y calidad, descartando, en su ethos, cualquier estándar selectivo.

La **moción 2** consagra explícitamente un derecho subjetivo a *"la educación pública, gratuita y de calidad"*. El Estado *"asume la responsabilidad de proveerla, asegurando el cumplimiento de los principios de gratuidad, universalidad y calidad en la educación preescolar, básica y media"*.

En la exposición de motivos, el proyecto no se pronuncia acerca de la responsabilidad estatal de proveer una educación superior *"pública, gratuita y de calidad"*. Pero en las modificaciones propuestas al artículo 19 N° 10 y 20 no introducen ningún tipo de restricción a la posibilidad de extender a este ámbito el derecho subjetivo así configurado.

La **moción 3** expone que a partir de la Constitución de 1980 se consagró un derecho a la educación no solo *“desprovisto de la garantía constitucional de orden procesal para hacerlo efectivo”*, sino además cautivo del lucro, objeto de un *“muy buen negocio en todos sus niveles y modalidades”*. Así, en el régimen vigente, el derecho a la educación pasó a ser, como hemos citado, un mero *“derecho de papel”*.

De ahí que sea imperativo convertir el derecho a la educación en un derecho subjetivo de atributos reales: una facultad *“efectiva, realizable y exigible”* en todos los niveles, que se tiene *“sin más requerimientos que contar con las aptitudes y capacidades personales para acceder y mantenerse en ella”*.

No queda claro, en la exposición de motivos, qué es lo exigible, o, más aún, justiciable, de este derecho. Por las adiciones sugeridas al art. 19 N° 10, queda abierta la posibilidad de exigir al Estado *“el acceso igualitario”* a la educación en todos sus niveles, sin ulterior precisión. Respecto a la educación de calidad, se incorpora como *“deber de Estado”* en el texto del artículo 19 N° 11, pero al quedar así garantizado por el recurso de protección, deviene en derecho subjetivo de tutela jurisdiccional.

La **moción 4** postula que el *“ejercicio”* del derecho a la educación *“exige la acción de los poderes del Estado, que han de crear las condiciones para que el derecho pueda ejercerse de manera real y efectiva”*. De esta manera, la facultad se configura como un *“derecho social”*, según se establece explícitamente en el proyecto, puesto que *“obliga al Estado a otorgar a cada individuo la posibilidad de alcanzar el mejor desarrollo de sus aptitudes físicas e intelectuales y, en definitiva, de su personalidad”*. Los deberes que el texto vigente del artículo 19 N° 10 asigna al Estado se mantienen, pero ahora parecen ser objeto de un derecho subjetivo. Derecho que exigiría también el ejercicio de tres obligaciones adicionales: asegurar la calidad de la educación, obtener financiamiento estatal para ella, y garantizar que el proyecto educativo sea pluralista, democrático y no selectivo.

### **g) Extensión de la garantía del derecho a la educación**

Los cuatro proyectos en análisis enmiendan el artículo 20 CPR extendiendo el recurso de protección al derecho del artículo 19 N° 10, pero con diversas consecuencias.

La **moción 1** busca que la acción de protección cubra el *“pleno ejercicio”* del derecho a la educación, con lo que quedaría garantizada la prestación inmediata e igualitaria por parte del Estado en cuanto a su acceso, gratuidad y calidad. Si ello es posible, no es algo que preocupe al proyecto.

A la **moción 2** le interesa tutelar especialmente *el derecho a la educación pública, gratuita y de calidad*. La gratuidad se refiere a que *“el Estado debe proveer de los recursos necesarios para garantizar de manera plena el derecho sin ningún tipo de restricción socioeconómica”*. La dificultad para hacer efectiva la justiciabilidad de este derecho, en sus tres atributos, es patente.

La **moción 3** no da luces acerca del alcance específico del recurso de protección en materia educativa. Pero de las modificaciones al derecho a la educación y a la libre enseñanza se deduce que le preocupa sobremanera garantizar *“el acceso igualitario”* a la educación en todos sus niveles, así como volver justiciable la educación de calidad.

La **moción 4** fija la procedencia del recurso de protección siempre que se cumplan las condiciones establecidas para el derecho a vivir en un medio libre de contaminación. Es decir, en materia de educación se exige que la acción u omisión sea ilegal e imputable a una autoridad o persona determinada.

#### *h) Nueva configuración de las relaciones entre derecho a la educación y libertad de enseñanza*

La **moción 1** rompe sin ambages el equilibrio constitucional entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El proyecto imagina que una va en desmedro de la otra, lo que le lleva a afirmar la *“primacía”* del derecho a la educación *“sobre la libertad de enseñanza, el derecho de propiedad y a la libre empresa educativa”*. Introduce al respecto restricciones a la libertad de enseñanza *“supeditándola”* a los conceptos de *“bien común”* y de *“función social”*. Los motivos no quedan claros, pero se aprecia una visión restrictiva de la libertad de enseñanza, como si fuese un derecho de beneficio puramente individual y no social.

La **moción 2** no toca la libertad de enseñanza. Pero conceptualmente denota que solo el derecho a la educación es de carácter social y de interés superior. De ahí que sea necesario *“entender la educación como una inversión social y no meramente individual, necesaria para la batalla contra la desigualdad y el alcance de la libertad y la justicia social”*.

Para la **moción 3** la libertad de enseñanza, tal como ha sido concebida por la Constitución de 1980, es pura y simplemente una coartada de la lógica del mercado, en perjuicio de la educación estatal. El texto del proyecto es sintomático: *“más controversial aún es la afirmación de que el Estado tiene el deber de resguardar especialmente la libertad de enseñanza. Bajo esa premisa, la educación es entendida como un producto de consumo, regido por la lógica del mercado, y aunque luego se especifica que el Estado debe financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de la población a la enseñanza básica, al ser traspasado*

*una parte importante del financiamiento a las municipalidades, diferenciadas en recursos, estas no pueden competir en igualdad de condiciones”.*

En el caso de la educación superior, la proliferación de instituciones que ha originado este nuevo mercado probaría *“lo lucrativo del negocio”.*

### ***f) El lucro y la restricción del pluralismo en el sistema educativo***

La **moción 1** pone término a lo que llama *“lucro con dineros del Estado”*: *“el proyecto reconoce la legitimidad del fin de lucro cuando se trata de la actividad empresarial que se ejerce con recursos privados, pero lo prohíbe cuando éste se ejerce con recursos del Estado. Del mismo modo, se termina con el resquicio que permite que la educación privada con aporte estatal sin fines de lucro constituya en paralelo sociedades con fines de lucro que la desnaturalizan y la convierten en educación de mercado”.* El proyecto no se pronuncia sobre la eventual ilegitimidad de instituciones educativas con fines de lucro que no tienen pretensiones de recibir recursos del Estado.

La **moción 2** se preocupa de fortalecer la educación pública desvinculándola de cualquier criterio lucrativo. Es más, al atribuirle el carácter de *“gratuita”* entiende, como hemos referido, que *“el Estado debe proveer de los recursos necesarios para garantizar de manera plena el derecho sin ningún tipo de restricción socioeconómica”.* La propuesta omite juicio sobre la hipotética ilegitimidad del lucro en la educación no estatal.

La **moción 3** sostiene con crudeza y sin visos de justificación que la educación superior privada es, en su conjunto, simplemente una mera fachada del lucro. Citando a una conocida autora, dispara: *“detrás de las fachadas de casas o edificios que se llaman universidades, suelen esconderse actividades y operaciones que poco o nada tienen que ver con la academia, la investigación universitaria o la formación de científicos y profesionales: las inmobiliarias, las “prestaciones de servicios”, las sociedades anónimas cerradas o limitadas que esconden su verdadera actividad y otras formas habituales ya en ese ambiente, configuran un panorama donde el lucro –aunque se le cambie de nombre– es motor y protagonista central”.*

*Según la autora, estas entidades tienen “una doble dimensión: para unos es simplemente ganar dinero como sea, y la educación pasa a ser simplemente una mercancía o un servicio que se otorga a cambio de un elevado arancel que pagan los alumnos clientes. Para otros, el negocio tiene un sentido de más largo plazo y se entronca con la “misión” de generar una sociedad acorde con los postulados de quienes la controlan”.*

El proyecto pondera que en Chile la ley exige que las universidades sean corporaciones o fundaciones sin fines de lucro. *“Sin embargo, en la realidad, las*

*universidades privadas obtienen cuantiosas utilidades, mientras sus verdaderos dueños usan diversos subterfugios para lograr captar más dinero, provenientes de elevados aranceles que pagan los "estudiantes clientes", para seguir haciendo funcionar la máquina de esta peculiar industria".*

Este diagnóstico genérico sirve de fundamento para establecer la prohibición de beneficios económicos a las universidades privadas (básicamente rebajas tributarias derivadas de donaciones, aportes estatales destinados a la educación, créditos preferentes de la banca y acceso al Fondo de Investigación Científica y Tecnológica).

Para la **moción 4** sólo la educación estatal y la privada gratuita es digna de tal nombre, en la medida en que además sean pluralistas y democráticas. No obstante, el proyecto no se pronuncia directamente sobre la ilegitimidad eventual de una educación privada con fines de lucro que no reciba aporte estatal.

### 3) Valoración general

Al menos seis órdenes de interrogantes originan las reformas propuestas por los proyectos "rupturistas":

i) Las mociones examinadas incurren en el error de no distinguir entre la cuestión *financiera* del acceso a la educación y la cuestión de su *calidad*. Ambas suponen estrategias distintas en la identificación de los problemas así como criterios de solución diversos.

ii) Para aplicarla indistintamente a ambas cuestiones, se recompone el concepto de educación con elementos ideológicos (igualitarismo) o político-partidistas (democratismo) que no son esenciales, salvo desde una perspectiva socialista militante, en todo caso no compartida por gran parte de la población. Debe decirse que tales elementos no son vinculantes para el desarrollo de la personalidad del educando. Por el contrario, pueden volverse un obstáculo si implican la exigencia de asumir una escala de valores poco receptiva a las legítimas jerarquías de la inteligencia y de la voluntad, tan propias del ser humano. El esfuerzo individual, el mérito, el cultivo de los talentos superiores, la autodisciplina de los sentidos, la "*politesse*", etc., son todas categorías opuestas al baremo de nivelar por abajo o de someter al individuo al imperio vulgar de quienes se dicen representantes del colectivo.

Tales elementos, por lo demás, son fácilmente manipulables como arma de estrategia logística al interior de las aulas por los agentes de la llamada "revolución cultural", lo que en su aplicación extrema conduce al adoctrinamiento, violador de las libertades fundamentales básicas de los educandos.



iii) El deber del Estado de sostener en todos sus componentes (crear, financiar y administrar) un sistema de educación público y gratuito puede volver extremadamente ineficiente su gestión. La admiración por el modelo directo y universal de la educación estatal que permea estos proyectos es puramente sentimental y poco realista, dada la actual configuración de la cobertura educacional (escolar privada, subvencionada, estatal; superior estatal, tradicional no estatal y privada). Además es poco dúctil a las diversas experiencias y necesidades de la sociedad y parece provenir más de exigencias dogmáticas de cuna ideológica que del deseo de superar realmente los problemas educacionales tal como ellos existen.

No obstante, es de notar que ninguna de las mociones examinadas propone acabar con la educación privada.

iv) Que el Estado garantice a todas las personas el acceso igualitario al sistema educacional es una propuesta poco seria si no se definen los parámetros de la igualdad. Entregar la definición de tales parámetros al albur de la ley tiene la ventaja de dejar escapar la dimensión utópica del igualitarismo para venir a concretarse en estándares legales objetivos. El problema de fondo, sin embargo, se mantiene: "lo igualitario" es un sueño utópico que de manera alguna equivale a la justa igualdad de oportunidades, que hoy tanto se necesita.

v) No resulta claro, sobre todo en materia educacional, qué debe entenderse por "educación que persigue fines de lucro". El término lucro es para estos efectos demasiado ambiguo y requiere ulteriores precisiones. En su exposición de motivos, pese a referirse latamente al problema, la moción 4 no esclarece el concepto. ¿Debemos incluir en la especie a las formas societarias que reinvierten todos sus excedentes? La respuesta queda necesariamente en manos del legislador, por lo que no se comprende la utilidad de estatuir constitucionalmente este tipo de categorías.

De cualquier manera, los proyectos "rupturistas" omiten proponer en sede constitucional la ilegitimidad *per se* de la educación privada con fines de lucro.

vi) Las mociones 1 y 3 parten de una premisa equívoca: que existe un vínculo esencial entre lo que llaman "Estado neoliberal" y la municipalización de la educación pública. La premisa es gratuita: los dos elementos no se vinculan necesariamente ni en lo conceptual ni en lo histórico. La falta de rigurosidad en el entramado lógico de las ideas, en las referencias históricas y en la precisión de los términos en uso es aquí pavorosa.

En primer lugar, la Constitución no ha consagrado un Estado neoliberal, sino un Estado subsidiario, que no es lo mismo.

En segundo lugar, ¿qué quiere destacarse con el término “neoliberal”? ¿El repliegue del Estado? Pero la Constitución nunca ha estatuido tal repliegue; por el contrario, el artículo 19 N° 10 impone deberes estatales activos en materia de educación. Si ello no se ha cumplido, o en qué grado, no parece ser un problema del modelo de educación, sino una cuestión de adecuado desarrollo legislativo, de gestión administrativa y de mentalidad cultural.

Por otro lado, el término “neoliberal” no es un concepto canónico en las ciencias políticas. Se discute tanto la terminología como el núcleo (bastante oscuro) de su significado. Puede agrupar o no desde los liberales libertarios a los conservadores, pasando por los anarquistas que promueven la libre iniciativa y la retirada del Estado. En otras palabras, el término no puede servir como referencia conceptual adecuada, menos para una reforma constitucional.

En tercer lugar, hay experiencias de municipalizaciones exitosas a partir de modelos de Estado diversos, más liberales o sociales, según el enfoque. Y en Chile hay sectores de la educación municipalizada que han sido bastante exitosos, como aludiremos más adelante. Por lo que no tienen sentido rechazar por principio la educación municipalizada sin distinguir los planos. Si bien hay que reconocer los hondos problemas que su implementación ha tenido en nuestro país.

### III) Proyectos de tinte “oportunista”

Una sola propuesta es la que se articula sobre la base de esta clave. La denominamos “oportunista” porque no se vislumbra un marco político o jurídico general o particular que le sirva de justificación. Lo que sobresale es la razón de oportunidad de satisfacer ciertas peticiones coyunturales en torno al tema. Se trata del proyecto de reforma constitucional iniciado por el senador Francisco Chahuán, sobre cautela del derecho a la educación mediante el recurso de protección (Boletín 7883-04, del 30 de agosto del 2011), en adelante **moción 5**. Esta moción presenta las siguientes ideas:

#### a) Exclusión del derecho a la educación del recurso de amparo

La moción expone de un modo bastante elemental la definición e importancia del recurso de protección, para luego constatar lo que todos sabemos: que a diferencia de la libertad de enseñanza, el derecho a la educación no es objeto de esta garantía.

#### b) Motivo por el cual debe subsanarse la omisión

Enseguida, el proyecto adelanta un esquema argumental para subsanar la exclusión: el derecho a la educación, afirma, es indisoluble de la libertad de enseñanza. Luego su protección también lo es.

### c) Materia del recurso

A juicio del proyecto, siendo los agravios al derecho a la educación tan variados, todos deben quedar incluidos, en principio, en la garantía del recurso de protección:

“Este derecho a la educación, que comprende también el aseguramiento del acceso a la misma por parte de la población y la calidad de ella, puede ser igualmente privado, perturbado o amenazado en su legítimo ejercicio, por causa de actos u omisiones arbitrarios, que para el restablecimiento de su imperio requiere de providencias judiciales a instancias del afectado.

Esta situación puede darse cuando la calidad de la educación es deficiente o el sistema no se financia por el Estado para asegurar el acceso igualitario a ella, o, por último, si por cualquier razón se priva a los educandos de recibir la enseñanza a que tienen derecho.

De esta forma, estimamos que el recurso de protección, como acción cautelar, debe incluir también el caso de que el derecho a la educación sea conculcado, en la forma ya descrita”.

La **moción 5** concluye proponiendo simplemente la inclusión “del guarismo “10” al artículo 20 CPR.

#### *Valoración general*

Ni en la exposición de motivos ni en la enmienda constitucional propuesta parece tomarse en cuenta la naturaleza misma del recurso de protección, que versa siempre sobre derechos justiciables.

Y lo que hace justiciable un derecho no es simplemente la declaración constitucional, sino además la realidad concreta de su objeto, la eficacia de su núcleo esencial y la adecuada delimitación de sus atributos. Colocar como materia del recurso de protección facultades *in genere* que no tienen correlato con objetos reales, sino simplemente ideales o incluso soñados es un despropósito que solo conduce al aumento exponencial de conflictividad de facultades permanentemente insatisfechas. Parece mucho más sensato entregar a otras técnicas jurídicas la paulatina satisfacción del derecho a la educación, v. gr., en el plano económico, a través de un diseño adecuado de distribución y gestión de los recursos financieros del Estado y de un mayor nivel de transparencia de los recursos privados.

#### IV) Proyectos “profundizadores”

Agrupamos aquí a todos los proyectos de reforma constitucional que reconocen una continuidad sustancial con el estatuto vigente. El denominador común es el propósito declarado de profundizar algunos aspectos del derecho a la educación, reforzando atributos que se encuentran implícitos en el texto constitucional o que han sido obliterados en los últimos años por una dinámica ajena a su función social.

Los proyectos en cuestión son tres:

(i) Proyecto de reforma constitucional iniciado por moción de los senadores Cantero, Espina, Larraín, Quintana y Zaldívar, para asegurar la calidad de la educación (Boletín N° 7.867-04 del 16 de agosto del 2011), en adelante **moción 6**.

(ii) Proyecto de reforma constitucional iniciado por moción de los senadores Ruiz-Esquide, Sabag, Walker, Ignacio, Walker, Patricio, y Zaldívar, sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza (Boletín N° 7.959-04 del 28 de septiembre del 2011), en adelante **moción 7**.

(iii) Proyecto de reforma constitucional iniciado por mensaje del Presidente de la República, Sebastián Piñera, sobre calidad y financiamiento de la educación (Boletín N° 7.961-04 del 28 de septiembre del 2011), en adelante **mensaje**.

A continuación exponemos las propuestas de reforma contenidas en estos tres proyectos, intentando armonizarlas entre sí. Posteriormente identificamos y describimos lo que nos parecen ser sus ideas centrales en lo que tienen de común y de diferencial. Al final, realizamos un balance cuyo objeto no es describir, sino que valorar.

##### 1) Modificaciones propuestas: una visión de conjunto.

La **moción 6** introduce dos modificaciones relevantes al artículo 19 N° 10 de la Carta, fundadas en el principio de aseguramiento de la calidad de la educación:

i) Agrega como deber de Estado el “fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles mediante el establecimiento de estándares de calidad”.

ii) Incorpora un inciso final nuevo: “El Consejo Nacional de Educación, organismo autónomo y con personalidad jurídica, será el encargado de fijar los estándares de calidad de la educación y velar por su cumplimiento. Una ley orgánica constitucional señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido

*Consejo y determinará las garantías básicas que permitan otorgar una educación de calidad”.*

La **moción 7** busca perfeccionar el derecho a la educación en armonía con la libertad de enseñanza, aunque en concreto, como veremos, introduce conceptos incongruentes que justifican más de una propuesta confusa y peligrosa en la materia. El proyecto explicita en orden sus criterios inspiradores:

i) Consagración del deber estatal de asegurar la existencia de un sistema de educación superior.

ii) Definición del quehacer universitario con garantía explícita de sus derechos subsecuentes: libertad de cátedra y derecho de las asociaciones libres de estudiantes a participar en la vida de esta comunidad.

iii) Reconocimiento del deber estatal de financiar a las universidades estatales. Se estima conveniente no indicar en el texto constitucional los términos ni alcances de este aporte. En cuanto a los estudiantes, se encarga a la ley establecer fórmulas de subvención o beca que permitan apoyar a quienes no pueden pagar por sí mismos sus estudios.

iv) Establecimiento del deber estatal de velar por la calidad de la educación. El proyecto aclara que no se garantiza que la educación vaya a ser siempre de calidad. Lo que se hace, estrictamente, es atribuir una responsabilidad al Estado.

v) Remisión al legislador común para la regulación del ejercicio de la libertad de enseñanza. Se elimina la referencia a la ley orgánica, pues a juicio del proyecto ello rigidizaba innecesariamente la regulación y expresaba desconfianza en las mayorías parlamentarias simples.

vi) Incorporación del derecho a la educación a la lista de garantías susceptibles de ser alegadas vía recurso de protección, con prevenciones acerca de su procedencia.

Las pautas precedentes sirven de apoyo para introducir tres nuevos incisos y una enmienda al artículo 19 N° 10, dos modificaciones al artículo 19 N° 11 y una adición al artículo 20 de la Constitución:

i) Se intercala el siguiente nuevo inciso sexto en el artículo 19 N° 10: *“Es deber del Estado garantizar la existencia de un sistema de educación superior que provea formación universitaria, profesional y técnica.*

ii) Se incorpora el siguiente nuevo inciso séptimo en el artículo 19 N° 10: *“Las universidades reconocidas por el Estado otorgan grados y títulos en conformidad a*

la ley. Son autónomas, en todo caso, para definir sus metodologías de aprendizaje y los contenidos de los planes de estudio. El personal académico universitario es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro de los márgenes del proyecto educativo y programas de la institución que le alberga y respetando siempre el derecho a los alumnos a conocer distintas doctrinas y teorías. Las universidades deben reconocer el derecho de los estudiantes a formar asociaciones que, expresando sus opiniones e intereses, participen activamente en la vida de dichas comunidades”.

iii) Se agrega el siguiente nuevo inciso octavo en el artículo 19 N° 10: “La ley establecerá financiamiento directo para las instituciones estatales de educación superior. Corresponde al Estado, además, arbitrar un sistema de ayudas económicas para las personas que, accediendo a instituciones de estudios superiores, estatales o privadas, no puedan pagar por sí mismas los costos respectivos”.

iv) Se intercala en el actual inciso sexto del artículo 19 N° 10 (que en virtud del proyecto pasa a ser el noveno) “velar por la calidad de ésta” entre los deberes del Estado en materia de educación en todos sus niveles.

v) Se incorpora al final del primer inciso del artículo 19 N° 11 “respetando las normas legales que la regulen” como criterio general de limitación del ejercicio de la libertad de enseñanza.

vi) Se sustituye el inciso final del artículo 19 N° 11 por el siguiente: “La ley establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. La ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel, así como los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación”.

vii) Se intercala en el artículo 20 la expresión “10°” a fin de extender el recurso de protección al derecho a la educación. No se alude en el texto a ninguna prevención, la que queda únicamente como criterio interpretativo en la exposición de motivos del proyecto.

**El mensaje**, por su parte, se inspira en principios múltiples a fin de arribar a un marco consensuado que permita solucionar la crisis de la educación de acuerdo a la Constitución vigente. Los principios son los siguientes:

i) Garantía de acceso al primer nivel de transición en la educación parvularia, consagrando el establecimiento de un sistema de financiamiento fiscal que abarque desde dicho nivel hasta la educación de enseñanza media.



ii) Reconocimiento de un sistema mixto de educación superior, en el cual coexisten instituciones privadas e instituciones públicas; y el aseguramiento del acceso y la permanencia en dichas instituciones, cuando se cumpla con las características de idoneidad, en conformidad a la ley y a los requisitos definidos por dichas instituciones.

iii) Deber estatal de establecer un sistema de financiamiento para que las personas que cumplan con los requisitos referidos precedentemente puedan ingresar y permanecer en las instituciones de educación superior, públicas o privadas;

iv) Deber estatal de velar por la calidad de la educación, atribuciones que se ejercerán a través de las instituciones que la ley ha creado –y venga a crear en el futuro– para dichos efectos, como son la Superintendencia de Educación y la Agencia de la Calidad de Educación.

Sobre las bases precedentes, se propone incorporar al artículo 19 N° 10 de la Constitución dos modificaciones y una adición:

i) Se reemplaza el inciso cuarto por el siguiente: *“Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al primer y segundo nivel de transición, conforme a la ley, sin que éstos constituyan requisito para el ingreso a la educación básica”*.

ii) Se reemplaza el inciso sexto por el siguiente: *“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; velar por la calidad de la misma, a través de las instituciones que para estos efectos cree la ley; y estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”*.

iii) Se incorpora el siguiente inciso séptimo pasando el actual a ser inciso octavo: *“Corresponderá al Estado establecer un sistema de financiamiento que permita, en conformidad a la ley, el acceso a las instituciones públicas o privadas de educación superior y la permanencia en ellas, a quienes cumplan con los requisitos de selección y permanencia que dichas instituciones definan”*.

## 2) Análisis de los tópicos comunes y diferenciales

### a) Beneficios de la Constitución en materia educativa

Fundándose en datos científicos irrefutables, la **moción 6** constata los grandes avances que ha tenido la educación en Chile al amparo del actual marco constitucional y legal, particularmente en lo que dice relación con el acceso a la educación. Vale la pena reproducir el pasaje pertinente:

“En materia de acceso a la educación, hemos dado pasos significativos en las últimas décadas, lo que se traduce en que, por ejemplo, si comparamos el porcentaje de personas que tienen algo de educación secundaria en Chile para toda la población es más bajo que el mismo indicador para la OECD; pero si se compara este promedio sólo con el grupo que hoy tiene entre 25 y 35 años, Chile tiene un porcentaje de cobertura más alto. Así, como país, debemos tener una mirada optimista respecto del avance en el combate para reducir la desigualdad y mejorar la movilidad social: ella es posible y lentamente comienzan a verse resultados concretos entre los más jóvenes.

Por otro lado, si se analizan los aumentos de cobertura en materia de educación superior, también han sido muy significativos los logros de nuestro país en las últimas décadas. Hoy en día cerca de un millón de chilenos asisten a alguna institución de educación superior, sea esta en alguna de las universidades del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas (CRUCH) o privadas, o bien en un centro de formación técnica o un instituto profesional. En 1980 el número de estudiantes en la educación superior ascendía a 118.000.

Con todo, y tal cual lo ha planteado el actual Gobierno, no hay desafío más relevante que invertir decididamente en la educación preescolar. Es aquí donde estarán concentrados nuestros esfuerzos como sociedad en el corto plazo, ya que sabemos es aquí donde mayores éxitos podremos lograr para contrarrestar las diferencias que se producen como consecuencia del origen socioeconómico de los estudiantes”.

La **moción 7** parte de la base de que la institucionalidad educativa en Chile es sólida y el derecho a la educación una realidad. Lo que se requiere es una continuidad que profile mejor la primera y robustezca más el segundo ante las actuales necesidades sociales. Al respecto, precave contra el *“lirismo constitucional”*, que solo con bonitas palabras pretende enmendar la realidad y contra el *“frenesí populista”* siempre presto a comprometer *“prestaciones desmesuradas”* o a asegurar *“algún tipo de paraíso en la tierra”*.

El camino jurídico para lograr tales objetivos incluye (a) un mejor marco constitucional para el estatuto legal que el sistema educativo necesita; (b) criterios orientadores que se impongan como principios inspiradores de las políticas públicas; (c) articulación más perfecta del derecho a la educación a fin de lograr una mayor conciencia de su carácter de derecho fundamental; (d) “no” a prestaciones desmesuradas; “sí” a la competencia del Estado para cumplir con sus responsabilidades en materia de educación.

El **mensaje** saca a luz los progresos de la educación en las últimas décadas: ampliación de la cobertura, extensión de la jornada escolar, incremento de los

años de escolaridad, mejora de la infraestructura y de las remuneraciones de los docentes, etc. *"Nunca tantas personas habían estudiado en Chile, ni lo habían hecho por más años, ni –a pesar de lo mucho que queda todavía por hacer en la materia– en mejores aulas"*.

El proyecto destaca expresamente que la reforma que propone es un continuo con el actual estatuto constitucional por los beneficios del diseño de sus componentes (i) derecho a la educación, (ii) libertad de enseñanza y el (iii) rol del Estado.

***b) La educación como valor constitucional:  
nunca ha dejado de tener un rol social***

La **moción 6** resalta el valor social de la educación: es el instrumento de movilidad social más relevante y la mejor manera de que los sectores desposeídos puedan superar sus niveles de pobreza. De ahí que *"en todos los ámbitos, nacionales e internacionales, se reconoce a la educación como un derecho humano y se definen las consecuencias de dicha categorización"*.

La **moción 7** subraya que lo más típico del constitucionalismo europeo y americano es que las Cartas Fundamentales contemplen las definiciones básicas del derecho a la educación y del sistema de enseñanza. Chile ha seguido esta tradición desde la Carta de 1833 y ahora se impone un reconocimiento más profundo del derecho.

El **mensaje** connota la necesidad de fortalecer la calidad y los mecanismos de financiamiento adecuados de la educación para beneficio del país.

***c) Significado de la actual crisis en educación***

Fundada en la Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), la **moción 6** reconoce que la situación de la educación en Chile es bastante deficitaria particularmente en lo que se refiere a su dispar calidad así como a la tasa de deserción, incompatibles con los estándares de un país desarrollado.

La **moción 7** da cuenta del diagnóstico que en su tiempo hiciera el proyecto de reforma constitucional presentado por Michelle Bachelet dirigido a reforzar y ampliar el reconocimiento del Derecho a la Educación (Boletín 4222-07, de 6 de Junio de 2006). Actualizando dicha propuesta, la moción describe diversos problemas de disímil importancia y de variada naturaleza: inexistencia de un sistema de educación superior asegurado y financiado por el Estado, omisión de una definición adecuada del quehacer universitario con sus derechos subse-

cuentas; falta de calidad en la educación, que afecta sobre todo a los sectores más débiles.

El **mensaje** comparte el diagnóstico de los proyectos anteriores: el déficit de la educación chilena se encuentra fundamentalmente en *"el acceso a una educación escolar y superior de calidad"*, lo que afecta especialmente a los sectores menos pudientes, perpetuando situaciones injustas y odiosas desigualdades. Por otro lado, el proyecto subraya que en Chile alrededor del 95% de las personas en edad apropiada cursa educación primaria, cifra que alcanza al 90% tratándose de la educación secundaria y a cerca del 50% en el caso de la educación superior. Pero únicamente un 10,3% de los programas que ofrecen las instituciones de educación superior se encontraban acreditados a diciembre de 2010.

*d) Concepto constitucional de educación desideologizado, en armonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos*

La **moción 6** expone el estrecho vínculo conceptual que une el artículo 19 Nº 10 de la Constitución con los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus interpretaciones auténticas:

"De esta forma, en Chile el artículo 19, numeral 10, reconoce a todas las personas el derecho a la educación, disponiendo expresamente que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Y si consideramos que el desarrollo de la persona está encargado al Estado en virtud del inciso tercero del artículo 1º de la CPR, pues éste "está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual, debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible", uno de los mandatos primordiales es propender a una educación que satisfaga esos requerimientos.

Asimismo, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dispone que: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz".

El proyecto cita además las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contenido en el documento *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 1999, respecto al artículo 13 antes citado y la declaración del Comité de la Conferencia Consultiva Internacional sobre Educación en la Escuela, contenida en el documento "Temas sustantivos que surgen al implementar el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", adoptado en Madrid, con fecha 12 de noviembre de 2001. En ambos documentos se destaca la responsabilidad del Estado de disponer recursos para la educación, por la importancia que este derecho tiene para desarrollar otros derechos y salir de situaciones de marginación económica y social.

En un fogrado párrafo, la **moción 7** alude al concepto de educación a partir de una notable cita de Aristóteles. No está de más reproducir el texto:

"De las muchas cuestiones importantes de las que puede ocuparse la comunidad política ninguna es tan trascendente como la educación. En efecto, y más que en ningún otro asunto, en la configuración del sistema educacional está en juego, ni más ni menos que la definición de la naturaleza y el futuro la sociedad de que se trata.

La expresada es una verdad comprendida desde hace mucho tiempo. Escribiendo hace 2400 años, y al empezar el libro VIII de su *Política*, Aristóteles señala "Nadie podrá dudar que el legislador debe dirigir su atención sobre todo a la educación de los jóvenes, pues el descuido de la educación hace daño a la Constitución. El ciudadano debe ser educado para ajustarse a la forma de gobierno bajo la cual vive. Esto por cuanto cada gobierno tiene un carácter peculiar que fue el que el que originalmente lo formó y continúa preservándolo. El carácter democrático crea la democracia y el carácter de la oligarquía crea la oligarquía, y siempre, en todo caso, mientras mejor el carácter, mejor el gobierno".

El **mensaje** desenvuelve un concepto de educación centrado en la perfección o realización de la persona, acorde con el actual estatuto constitucional. Supuesta la calidad y universalidad de su acceso, no la desvincula del mérito y del esfuerzo, parámetros esenciales para obtener avances reales en la materia. En este punto tan importante, el proyecto se aleja de los sueños utópicos igualitarios que orientan las propuestas rupturistas y que tanto daño pueden provocar a la educación, por el prurito de nivelarla por abajo.

Dado los recientes conflictos de todos conocidos, destaca en la propuesta del Gobierno la equilibrada noción de educación:

"La educación ocupa un lugar destacado en nuestro Programa de Gobierno debido a que es fundamental para avanzar hacia la sociedad de oportu-



nidades, basada en la confianza en las personas, que esta Administración aspira a construir.

El énfasis en la educación es, en efecto, vital para quienes creemos que en todas las personas habitan potencialidades que una buena formación puede sacar a la luz y que, en un contexto de libertad, ellas pueden orientar fructíferamente hacia la felicidad personal y el bienestar social.

La educación permite que las personas descubran y desarrollen sus talentos, que tengan una mayor probabilidad de alcanzar la felicidad por medio de la autorrealización y que puedan hacer una contribución más valiosa a la vida de sus semejantes. Además, puede ser una gran palanca de movilidad social ayudando a forjar una sociedad dinámica, que premie el mérito y el esfuerzo, sin dejar a nadie atrás. Es, en suma, condición necesaria de una sociedad próspera, libre y justa.

Quienes han tenido una buena educación pueden llegar hoy más lejos que nunca, pero quienes han carecido de ella pueden quedar muy detrás de los más aventajados”.

*e) Explicitando el rol activo del Estado subsidiario y su papel en la calidad y accesibilidad de la educación*

Para la **moción 6**, de la Constitución de 1980 y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se deduce que la educación debe otorgar capacidades a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, fijando con ello estándares de calidad que van más allá de la mera cobertura educativa (educación gratuita a todas las personas). Por ello, es el Estado el sujeto obligado a fijar normas o estándares mínimos obligatorios para todos aquellos que presten servicios educacionales, sin afectar por ello la libertad de enseñanza.

Surge de esta manera una noción más adecuada de Estado subsidiario en donde se subraya su función activa:

“Este derecho humano a la educación, amparado tanto en los textos internacionales como en nuestra Carta Fundamental, exige al Estado un rol protagónico, por constituir una poderosa herramienta para superar la marginalidad económica y social, permitir el pleno desarrollo de la persona y capacitarla para participar en una sociedad libre, y ser, también, el medio indispensable para el ejercicio efectivo de otros derechos. En concreto, el Estado está convocado a fijar las normas o estándares mínimos para que ello se transforme en un abanico de nuevas posibilidades para todas las personas”.



La **moción 7** también delimita la labor del Estado presuponiendo la dimensión activa del principio de subsidiariedad. Y lo hace fijando las tareas específicas que ya hemos reseñado.

El **mensaje** destaca el rol que ha tenido el Estado en materia de “educación escolar de calidad”: creación de los liceos públicos de excelencia; incremento de la subvención escolar, especialmente para los más vulnerables; instauración de la beca “Vocación de Profesor”, para atraer a los mejores a las aulas; promulgación de la Ley sobre Calidad y Equidad de la Educación, que incentiva el buen desempeño de directores, profesores y alumnos; promulgación de la ley que establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización, mediante la cual se crea la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación.

El proyecto indica también las iniciativas que el Estado espera llevar a cabo en el futuro próximo: traspaso de los colegios municipales a entidades públicas locales que aseguren un mejor desempeño de tales establecimientos; aumento de becas para la educación superior; abaratamiento de los créditos universitarios disponibles; perfeccionamiento del sistema de acreditación y aseguramiento de la calidad de la educación superior, actualmente vigente.

Desde la perspectiva del diseño del rol estatal, el mensaje afirma que la educación y la enseñanza son ámbitos que la Constitución consideró regulables por el Estado, por lo que al legislador le cabe ordenar su ejercicio a través de normas generales. Pero, en este plano, los deberes estatales deben siempre ser cumplidos con pleno respeto de los derechos y libertades en juego. Lo que no inhibe su carácter activo, compuesto por siete géneros de conducta que el proyecto cita de acuerdo al artículo 19 N° 10 de la Carta:

- a) “Proteger” el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos;
- b) “Promover” la educación parvularia;
- c) “Financiar” un sistema gratuito de educación básica y media, y el segundo nivel de transición;
- d) “Fomentar” el desarrollo de la educación;
- e) “Estimular” la investigación científica y tecnológica, así como la creación artística; y
- f) “Proteger” e “incrementar” el patrimonio cultural de la Nación.

A estos deberes el proyecto propone adicionar explícitamente la obligación del Estado de velar por la calidad de la educación.

**f) Reforzando la educación de calidad no por la técnica del derecho subjetivo, sino por la vía de las políticas públicas**

Para la **moción 6**, la educación de calidad no es tanto un objeto real y concreto cuanto una meta que compromete la actividad normativa y gubernativa del Estado. El proyecto es bastante claro a la hora de identificar razonablemente el problema de la "calidad":

"Por tanto, rescatando los avances que ha hecho Chile en materia de cobertura y considerando las recomendaciones internacionales, hoy nuestra sociedad ha querido avanzar también en materia de calidad de la educación. Como sabemos, la calidad no es una meta que se pueda obtener mediante alguna medida aislada o que baste para ello aunar buenas intenciones. Se hace necesario contar con medidas coherentes, con voluntad política y con instancias de colaboración y coordinación de todos los sectores.

Nuestra institucionalidad comienza en el nivel constitucional. Es allí donde descansan, en último término, las grandes aspiraciones nacionales, cual es el caso, precisamente, de la convicción lograda ya hace tiempo y potenciada mediante declaraciones y movilizaciones estudiantiles, sobre la calidad de la educación".

En este cuadro, el objetivo del proyecto no es refundar la Constitución, sino acoger con *"realismo y responsabilidad, sin caer en demagogia"*, las aspiraciones refrendadas incluso a nivel internacional sobre la referida calidad en la educación, teniendo presente que, en todo caso, es la ley la encargada de especificar y desarrollar materialmente los estándares de calidad, tal como existe, v. gr., en materia de salud con las garantías de tipo AUGE. Se alude a que este es el camino que han seguido las Constituciones de las naciones que presentan los mejores indicadores internacionales en materia educacional en las pruebas PISA y TIMSS, como son Finlandia, Holanda, Corea del Sur y Japón.

Por otro lado, la calidad no puede desvincularse de las justas diferenciaciones que provienen *"de la capacidad individual de cada alumno"*.

En el tópico, es interesante destacar el realismo de este proyecto, ajeno a las declamaciones estatistas e igualitarias de las propuestas que hemos llamado "rupturistas":

"Se debe tener presente que no basta la consagración de una norma jurídica para producir, por sí misma, los efectos que se quieren lograr. Es necesario

desarrollar, o continuar desarrollando, los instrumentos específicos que el nivel normativo reclama en sus niveles inferiores a la Constitución, y de la cual proceden otros textos, como los frutos de un árbol sustancioso. Así, al incluir la calidad de la educación en el nivel constitucional, se obliga también a todas las autoridades de Gobierno, a los legisladores, a los tribunales que interpretan la ley y a todos los sectores nacionales, incluyendo a los sostenedores, rectores de establecimientos, asesores pedagógicos y muy especialmente al profesorado. Son éstos los que verán reflejada en el texto constitucional una aspiración compartida por todos, de lograr la calidad de la educación que, en último término, responde en su mayor medida al trabajo de aula del personal docente, ya que es ahí donde finalmente debe darse el verdadero cambio en la educación, más que en la modificación de textos jurídicos”.

La **moción 7** es en este ámbito una excepción. Opta por la vía complementaria de la técnica del derecho subjetivo para garantizar el estatuto de la educación. Y lo hace extendiendo la cobertura del recurso de protección al artículo 19 N° 10 de nuestra Carta Fundamental.

La iniciativa, errónea a nuestro juicio, es contrapesada por una exigencia de concreción del objeto del derecho:

“Finalmente, se incorpora el derecho a la educación a la lista de garantías susceptibles de ser alegadas vía recurso de protección. Es importante aclarar que esa acción tutelar no habilita a los ciudadanos para que exijan de un tribunal un conjunto indeterminado a priori de prestaciones sobre la base de nociones abstractas (cuestión que daría lugar a una judicialización peligrosa), sino que autoriza a la persona que ha sido afectada directamente por un acto ilegal o arbitrario para acudir a una Corte para que ésta disponga que se cumpla la normativa vigente. Ni más ni menos”.

El **mensaje** afirma que quiere “profundizar” la reforma constitucional aprobada el año 2007 consagrando el deber estatal de promover y facilitar a través de un variado conjunto de iniciativas y políticas el acceso a una educación de calidad desde los primeros años de vida hasta la educación superior.

Precisa que los deberes que asigna al Estado tanto el artículo 19 N° 10 en su redacción vigente como en la actual propuesta son “mandatos optimizadores de políticas públicas”. Agrega que “cada uno de estos mandatos apuntan a que el Estado genere las políticas que permitan la promoción de una educación de calidad”.

### **g) Equilibrio reafirmado entre derecho a la educación y libertad de enseñanza**

La **moción 6** no toca el equilibrio relacional entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, tal como ha sido establecido por las disposiciones constitucionales pertinentes.

La **moción 7** es incongruente en la materia. Por un lado, destaca la armonía del modelo, pero por otro sostiene que la Constitución ha privilegiado la libertad de enseñanza "sobre" el derecho a la educación, por lo que habría que restablecer el equilibrio. He aquí el texto:

*"Uno de los problemas de la Constitución de 1980 es que, en el tema que analizamos, ella ha priorizado la libertad de enseñanza y ha preterido el derecho a la educación. El propósito principal de esta reforma, entonces, es restablecer el equilibrio entre ambos derechos, en la línea de la tradición republicana chilena y de las exigencias de la sociedad".*

No se entiende por qué se ha priorizado un derecho a costa del otro. ¿En razón de qué factor el estatuto de la libertad de enseñanza permite el descuido del derecho a la educación? ¿O es el estatuto de la educación el que es insuficiente? Pero si es así, ¿qué tiene que ver tal insuficiencia con la protección de la libertad de enseñanza?

Las interrogantes quedan sin respuesta en el proyecto. Y la enmienda que sugiere al respecto tampoco permite elucidarlas, pues en lo único que se avanza es en autorizar al legislador común a regular el ejercicio de la libertad de enseñanza, eliminando la referencia a la ley orgánica. Medida injustificada, que en nada suma o resta –en sí misma considerada– al estatus del derecho a la educación.

El **mensaje** dedica acápite específicos al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, mostrando cómo ésta favorece a la primera, y como aquél se inserta en ésta. Concluye afirmando que el sano pluralismo de una sociedad democrática exige que se respeten plenamente ambos derechos.

### **h) Legitimidad del sistema educacional mixto**

La **moción 6** da por sentada la legitimidad del sistema educacional mixto.

La **moción 7** rechaza expresamente el monopolio estatal de la educación. La libertad de enseñanza y el derecho a la educación deben complementarse de tal manera que se *"reconozca y facilite el despliegue de las energías, talentos y perspectivas de la pluralidad de individuos y asociaciones que, integrando la comunidad nacional, quieren enseñar y educar"*.

El **mensaje** identifica oportunamente las bases del sistema educacional mixto destacando, por un lado, todos sus componentes tanto estáticos como dinámicos, y, por otro, su calidad de centro donde convergen derechos fundamentales concurrentes. Es útil repasar el texto, de gran riqueza dogmática:

“Las bases constitucionales del sistema educacional en Chile suponen la existencia de un sistema donde coexisten agentes públicos y privados, lo cual es indispensable para que exista un verdadero pluralismo en la enseñanza, libertad de cátedra y respeto a la libertad de conciencia, de culto y de religión. El principio articulador de ambos es la sana ponderación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. La Carta Fundamental de nuestro país lo reconoce y protege el ejercicio de ambos derechos así como la promoción de la educación en todos sus niveles, cuestión que esta reforma constitucional viene a fortalecer”.

### 3) Valoración general

Los proyectos que hemos denominado “profundizadores” entregan criterios de solución útiles al actual problema educacional:

i) Identifican los avances en la materia en las últimas décadas al amparo del actual modelo constitucional: extensión del acceso a la educación escolar, aumento de cobertura en la educación superior, y últimamente reconocimiento de la importancia de la educación preescolar. Identifican asimismo los problemas: falta de calidad en la educación, sobre todo en la escolar municipalizada y subvencionada; falta de acceso a una educación superior de calidad. Tópicos, en todo caso, que requieren de precisiones que se ofrecen en mayor o menor medida.

ii) Se formula un concepto de educación desideologizado, de acuerdo con la Constitución Política. Se trata de una educación que se finaliza no en utopías políticas o en modelos de reingeniería social, sino en el juego de derecho y libertades que capacitan para el desarrollo de la personalidad y el cultivo de valores cívicos ampliamente compartidos. Su función social es patente, sea como medio para desenvolver otros derechos, como palanca de movilidad social o como instrumento de superación de situaciones de marginalidad. En este sentido, los proyectos convienen en recalcar que en Chile, según la Carta Constitucional, la educación es un derecho fundamental de responsabilidad del Estado.

iii) Se consagra el deber del Estado de velar por una educación de calidad, en el sentido que se desprende del propio estatuto constitucional de que el derecho a la educación supone estándares aceptables en la materia. La ley es la encargada de desarrollar materialmente los estándares de calidad, cuyo

efectivo cumplimiento queda en manos de órganos especializados del Estado (Superintendencia de Educación, Agencia de la Calidad de Educación y otros que se vengán a crear).

iv) El mensaje contiene, sin duda, las propuestas más completas y equilibradas. Recoge las aspiraciones sustanciales de las mociones 6 y 7, así como algunas iniciativas parciales de los proyectos "rupturistas" en los que se puede establecer un consenso común.

El mensaje apunta a tres direcciones concurrentes: (a) primero, al compromiso del Estado en el financiamiento fiscal y acceso gratuito a la educación parvularia; (b) segundo, al deber del Estado de establecer un diseño de financiamiento que permita el acceso a un sistema mixto de educación superior; (c) tercero, a la obligación estatal de velar por la calidad de la educación a través de instituciones especializadas.

No es intención del proyecto que la Constitución garantice el "acceso igualitario" a la educación superior. De un modo más justo, ponderado y realista, vincula la igualdad de oportunidades al cumplimiento lógico de los requisitos de selección y permanencia que cada institución defina de acuerdo con la ley y sus propios proyectos educativos, en el contexto de un sistema mixto que beneficia a todos. La armonía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza es clave.

Queda al desarrollo de la ley, como corresponde dentro del actual marco constitucional, la solución a múltiples problemas que aquejan al sistema educativo vigente. Por de pronto, como hemos indicado, el gobierno anuncia en su mensaje diversas iniciativas legales: traspaso de los colegios municipales a entidades públicas locales que aseguren un mejor desempeño de tales establecimientos; aumento de becas, abaratamiento de los créditos disponibles y perfeccionamiento del sistema de acreditación y aseguramiento de la calidad.

## **V) Proyectos de ley en materia educativa: *plurimae leges, mala res publica***

Junto a las propuestas de reforma constitucional se han presentado en el último tiempo una gran cantidad de proyectos de reforma legal. Sorprende el número y su orientación doctrinal diversa. Hasta mediados de noviembre del presente año de 2011, se encuentran en trámites doce iniciativas, según la tabla que insertamos a continuación:



BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA
7.520-04	10/3/11	ALINCO, DE URRESTI, GUTIÉRREZ, MONTES, PASCAL.	Modifica Art. 12 de Ley N° 20.370, General de Educación, para impedir que el rendimiento académico o la situación socio-económica sean motivo de selección escolar
7.760-04	5/7/11	ESCALONA, FREI, GÓMEZ, NAVARRO, ROSSI.	Proyecto de ley sobre requisitos de funcionamiento de universidades no estatales, en relación con el lucro
7.784-04	12/7/11	PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SEBASTIÁN PIÑERA.	Crea el examen de excelencia profesional docente y la asignación de excelencia pedagógica inicial
7.856-04	10/8/11	BIANCHI, CANTERO, ESCALONA, LETELIER, QUINTANA.	Proyecto de ley que prohíbe aportes estatales a entidades que persigan fines de lucro en la educación.
7.872-04	17/8/11	CARMONA, GUTIÉRREZ, TELLIER.	Permite participación de estudiantes y funcionarios no académicos en las instituciones de educación superior.
7.874-04	17/8/11	PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SEBASTIÁN PIÑERA.	Proyecto de ley sobre reprogramación de créditos universitarios
7.894-04	1/9/11	AUTH, CORNEJO, DE URRESTI, GONZÁLEZ, LORENZINI, MARINOVIC, MONTES, SEPÚLVEDA, SILBER, VENEGAS.	Modifica el D.F.L. N° 2 de Educación de 1996, en materia de financiamiento compartido.
7.913-04	6/9/11	CANTERO, ESPINA, LARRAÍN, PÉREZ, QUINTANA.	Sobre transparencia de instituciones educativas que reciban aportes del Estado.
7.915-04	20/9/11	ARAYA, ASCENCIO, BROWNE, CHAHIN,	Instituye el fuero estudiantil para dirigentes de los centros de alumnos

BOLETÍN	FECHA	MOCIÓN O MENSAJE	TEMA
		GOIC, SAFFIRIO, SEPÚLVEDA, TORRES, VENEGAS, WALKER.	y de las federaciones de estudiantes de enseñanza secundaria y/o de educación superior
7.929-04	13/9/11	GÓMEZ, LAGOS WEBER, QUINTANA, RINCÓN, ROSSI.	Relativo a transparencia de establecimientos educacionales que reciben aportes estatales
7.940-03	27/9/11	BAUER, GUTIÉRREZ, HASBÚN, HERNÁNDEZ, HOFFMANN, MOLINA, RECONDO, ULLOA, WARD, ZALAUQUETT.	Modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos del Consumidor, incorporando en el artículo 3° una nueva letra g), prohibiendo a los establecimientos de educación seleccionar a sus alumnos a partir de los antecedentes comerciales de sus padres.
Firma	10/11/11	PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SEBASTIÁN PIÑERA.	Reforma a la educación superior.

La cantidad de iniciativas nos recuerda la sabiduría del aforismo latino *plurimae leges, mala res publica*. En efecto, la situación sería caótica si no fuera por el proyecto de ley de reforma a la educación superior presentado al cierre de esta edición por el Presidente de la República, que ordena las diversas temáticas dentro de una propuesta de sentido global.

No podemos entrar aquí al análisis siquiera general de todos estos proyectos de ley. Solo de una manera preliminar podemos anotar que su relación con el estatuto constitucional de educación es compleja:

a) Hay proyectos claramente "*rupturistas*". Son aquellos que rompen con el modelo educacional vigente, sea porque ponen en jaque algunos de los principios constitucionales que inspiran el actual sistema legal, sea porque perturban el equilibrio que actualmente existe entre los bienes educacionales básicos. Se puede prever que dichos proyectos no satisfarían el "test" de constitucionalidad, por lo que presuponen la modificación sustancial del actual diseño.

b) Hay proyectos de ley *ambiguos*: trizan sin quebrar el actual modelo educativo. Proponen enmiendas que, por un lado, solucionan de un modo contingente

algunas fallas del sistema educacional, pero lo hacen sin mayor preocupación de coherencia con el estatuto constitucional vigente.

c) Hay finalmente proyectos de ley "rectificadores": suponen una continuidad esencial con el actual sistema educativo, enmendando algunos abusos o fallas que han operado bajo su sombra.

Particular importancia reviste el aludido proyecto de ley sobre reforma a la educación superior firmado por el Presidente de la República, Sr. Sebastián Piñera, el día 10 de noviembre del presente año. Se trata de una iniciativa "rectificadora" en tres ámbitos fundamentales: la "calidad de la educación", la transparencia en la información y el financiamiento<sup>2</sup>.

En lo que respecta a la "calidad de la educación" superior, el mensaje propone ocho medidas:

i. Creación de un nuevo Sistema de Acreditación para la educación superior, más exigente y riguroso, y más eficiente en la identificación de las deficiencias.

ii. Perfeccionamiento del sistema de admisión a través de la formación de un ranking escolar que beneficie principalmente a los alumnos con menores ingresos.

iii. Establecimiento de una Subsecretaría de Educación Superior.

iv. Mejora de la acreditación de las instituciones de educación superior técnico profesional y creación de un sistema que entregue información completa y fidedigna sobre las características de estas instituciones y los niveles de empleabilidad y remuneraciones de sus egresados.

Asimismo se propone instituir una mayor continuidad entre la educación secundaria y superior, facilitando la integración entre títulos y grados, con pleno reconocimiento de estudios previos.

v. Inyección de recursos para proyectos de innovación e investigación, e incentivos para la creación de centros de excelencia, dotándolos de equipamiento adecuado.

<sup>2</sup> Para lo que sigue, nos hemos basado en la información proporcionada por el Ministerio de Educación en su portal sobre la reforma a la educación superior. <http://www.reformaeducacionsuperior.cl/> (15 de noviembre de 2011)

Las propuestas deben ser confrontadas en definitiva con el texto oficial del Mensaje. Al cierre de esta edición, no consta su ingreso a tramitación en el Senado.

vi. Fortalecimiento de los programas nacionales de doctorado y aumento de la cobertura de becas para programas de doctorado y "post doctorado" (sic), tanto en Chile como en el extranjero.

vii. Fortalecimiento de la educación superior estatal y las universidades tradicionales, a través de aportes contra metas de interés nacional y regional (tales como formación de profesores, ciencia y tecnología, desarrollo regional). Se incorpora también la creación de un fondo de revitalización destinado a las universidades tradicionales.

viii. "Modernización" de la carrera docente y fortalecimiento de la formación inicial de profesores. Entrega de estándares orientadores a las facultades de pedagogía y promoción de convenios de desempeño con dichas facultades para la mejora de la formación de sus alumnos.

Al respecto, la prueba "Inicia" será obligatoria para los egresados de pedagogía. Se promete una iniciativa de ley que "modernizará" la carrera profesional docente para 2012.

En lo relacionado con la "transparencia", el mensaje formula cuatro iniciativas:

i. Creación de la Superintendencia de Educación Superior. Esta nueva institución será la encargada de velar por la transparencia del sistema de educación superior. Lo fiscalizará impulsando la rendición de cuentas de manera pública y transparente, e investigando los reclamos y las denuncias de los alumnos.

Respecto de las universidades, fiscalizará el cumplimiento de la legislación vigente, especialmente la obligación de las universidades de no perseguir lucro. Asimismo transparentará el uso de los fondos públicos. Las instituciones deberán rendir cuentas semestrales, tanto patrimoniales como financieras, para asegurar transparencia y evitar conflictos de interés.

ii. Establecimiento de un Sistema de Información de Educación Superior (SIES) completo y oportuno. Se refiere a una mejor información sobre carreras e instituciones y sus niveles efectivos de logros; acceso universal para conocer las posibilidades de empleo que se tendrá al estudiar una carrera, y ayuda a los jóvenes y sus familias en su elección.

iii. Promoción de la participación estudiantil. Se impulsa el derecho de los estudiantes de educación superior a organizarse en centros de alumnos o federaciones.

iv. Se derogan los artículos 56 e), 67 e) y 75 e) del DFL 2 del 2009 del Ministerio de Educación, lo que permitirá que las instituciones determinen la forma de

gobierno que mejor se adecue al cumplimiento de los fines que se proponen. En lo que atinge al financiamiento, el Mensaje propone:

i. Rebajar la tasa de interés del Crédito con Aval del Estado (CAE) al 2%. Posibilitar la disminución de hasta un 40% en la cuota mensual. Terminar con la discriminación de distintas tasas de interés dependiendo del tipo de institución que elige el estudiante.

Se afirma que la medida beneficiará a más de 350 mil estudiantes que tienen actualmente este crédito. Todos los años se sumarán 100 mil alumnos más.

ii. Reprogramar la deuda de los deudores morosos del Fondo Solidario. Condonación de hasta 100% de los intereses penales.

Se expresa que 110 mil morosos podrán reprogramar su crédito hasta en 15 años y salir de Dicom.

iii. Se garantiza la Educación Superior para los alumnos con méritos de las familias más vulnerables y de clase media. La beca "Juan Gómez Millas" se asegura para todos los alumnos meritorios de las familias del 40% más vulnerable (quintiles 1 y 2). Se establece un sistema combinado de becas y créditos para el siguiente 20% (quintil 3). Se aumentan de 70 mil a 120 mil las becas "Nuevo Milenio" destinadas a los estudiantes de la educación técnico profesional. Además se incrementa su monto en 20%

Para medir el alcance de la propuesta hay que tener presente, como fondo de cuadro, las reformas que ya se han hecho al sistema en los últimos doce meses:

i) Ley 20.550, del 26 de octubre de 2011, de subvención escolar preferencial.

ii) Ley 20.541, del 30 de septiembre del 2011, que modifica el plazo contemplado en el artículo vigésimo transitorio de la Ley N° 20.501, sobre calidad y equidad de la educación;

iii) Ley 20.536, del 17 de septiembre del 2011, sobre violencia escolar;

iv) Ley 20.129, del 27 de agosto del 2011, que establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior;

v) Ley 20501, del 26 de febrero del 2011, sobre calidad y equidad en la educación. En realidad es una ley que modifica el estatuto de los profesionales de la educación y de los sostenedores de establecimientos educacionales;

vi) Ley 20.483, del 30 de diciembre del 2010, referida a las personas jurídicas sostenedoras de establecimientos educacionales.

¿Qué evaluación se puede hacer del proyecto de reforma del sistema de educación superior impulsado por el Presidente?

Los aspectos de gestión y operación de los que en gran parte depende el éxito de la iniciativa no pueden evaluarse obviamente antes de su implementación institucional. Pero sí hay que notar que las medidas propuestas cubren las deficiencias que han apuntado tanto los informes técnicos internacionales como el movimiento estudiantil, al menos en lo que ambos tienen de más esencial. Cubrir las deficiencias no significa, empero, acoger todas las demandas callejeras ni tampoco las propuestas de los proyectos rupturistas, en la medida en que se encaminan a demoler el sistema actual sin ofrecer alternativas globales de soluciones institucionales realistas.

Empero debemos destacar aquí dos déficits del proyecto:

(a) No integra a las universidades privadas que cumplan con los estándares de transparencia y calidad al sistema de aporte fiscal contra metas de interés nacional y regional. Lo que, de suyo, constituye una discriminación injustificada, receptiva del afán revanchista de algunos sectores contra el crecimiento exponencial de estas universidades.

(b) Recogiendo los que parecen ser los legítimos derechos de los estudiantes a la asociación, el proyecto no se preocupa de los derechos del cuerpo de profesores, elemento esencial del concepto de universidad y estamento inmovible de la tradición universitaria de Occidente. Para alcanzar la calidad, la educación superior no requiere solo de enmiendas en materia financiera y de gestión. Exige además un estatuto jurídico adecuado al cuerpo de académicos con estándares mínimos fijados por ley. Un estatuto que al menos contemple la noción de autonomía universitaria y de libertad académica, garantía institucional y derecho fundamental en muchos países europeos e hispanoamericanos. Hay que devolver al cuerpo de profesores su antigua dignidad y no dejarlos a merced de las planificaciones inconsultas del Estado y las intervenciones excesivas de los tecnócratas y "expertos" en gestión privada, que tanto saben de técnica y tan poco de ciencia<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Chile tiene una larga tradición universitaria que sería oportuno volver hoy a sopesar. Bernardino Bravo Lira, *La universidad en la historia de Chile, 1622-1992*, Pehuén, Santiago, 1992. Sobre el concepto de autonomía universitaria, de raigambre medieval, es útil Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*; Civitas, Madrid, 1982; Francisco de Borja López Jurado, *La autonomía universitaria como derecho fundamental*, Civitas, Madrid, 1991; Ignacio Torres Muro, *La autonomía universitaria: aspectos constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. Sobre la libertad académica y su ámbito, Antonio Embid Irujo, *Las libertades de enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983; Blanca Lozano, *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995; Carlos Vidal



## VI) Conclusión

No es necesaria una reforma constitucional para enmendar las bases del sistema educacional chileno. No se requiere modificar ni el estatuto de la libertad de educación, ni el de la libertad de enseñanza ni los principios constitucionales del sistema para saldar la crisis que nos aqueja, en lo que ella tiene de normativo. De hecho, en el actual marco se pueden fundar todas las iniciativas que a nivel legislativo sean oportunas para afrontar dicha crisis, sobre todo si se tiene en cuenta que hay un consenso general en torno a la identificación de los problemas esenciales: desproporcionada carga financiera que soportan las familias para educar a sus hijos; imposibilidad de acceso a la educación de calidad para los sectores más desfavorecidos; insuficiencia de transparencia en la aplicación de los recursos por parte de las universidades privadas; insuficiencia de transparencia en la gestión de los recursos fiscales por parte de las universidades estatales, etc.

A este respecto es útil examinar el Panorama Mundial de la Educación 2011 elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el cual se comparan los sistemas educativos de los países miembros. El informe entrega índices sobre sistemas educativos, recursos destinados, factores que afectan el desempeño de los alumnos, características de la labor docente y funcionamiento del sistema escolar. Algunas conclusiones sobre Chile son preocupantes: el gasto en educación es bastante más alto que el promedio de los países de la OCDE: 7,1 por ciento del PIB contra 5,9 por ciento. Y estamos lejos de obtener en todos los niveles sus resultados. Además, la contribución que hacen las familias en Chile es mucho más elevada que el resto de los países, soportando en gran parte el peso del sistema. Especialmente en la educación superior, donde el desembolso representa una gran carga para muchas familias o para el futuro egresado. Respecto del ingreso per cápita del país, los aranceles se encuentran en el tramo más alto de los países analizados.

El informe de la OCDE también observa los niveles de segregación que caracterizan a los colegios y liceos de Chile respecto de otros países, según antecedentes recolectados en los establecimientos y entre los estudiantes que fueron seleccionados el 2009 para rendir la prueba PISA. Chile es el país que más desatiende a los sectores más débiles: es el más desigual de los que participan en dicha prueba<sup>4</sup>.

Prado, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

<sup>4</sup> Para redactar este párrafo nos hemos basado en el análisis que hace El Mercurio en el editorial *Educación: perspectivas comparadas*, del 22 de septiembre del 2011, aunque carga algo las tintas. Otra evaluación del informe OCDE es la que realiza Libertad y Desarrollo en LyD, *Segregación y calidad en el sistema educativo chileno*, Temas Públicos N° 1031, 16 de septiembre del 2011. Aunque resulta en exceso optimista, tiene el mérito de rescatar algunas cifras alentadoras respecto de la educación escolar. El informe OECD (2011) en *Education at a Glance 2011: OECD Indicators*, OECD Publishing, 497 pp., <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2011-en>. *Dos visiones encontradas del sistema educacional chileno*, en

Respecto de esta realidad, se puede decir que los proyectos de reforma constitucional y las iniciativas legales "rupturistas" no conocen matices en su descripción. Algunos hablan como si nada se hubiera hecho en educación durante cuarenta años. Y todos, sin excepción, en mayor o menor medida, exageran los problemas adicionando hechos no comprobados para fundar sus iniciativas. Entre los recursos fácticos se encuentran los siguientes:

a) La educación municipalizada es una experiencia necesariamente perversa, por lo que los males no pueden imputarse a otros factores.

b) La educación municipalizada es consecuencia de la ideología "neoliberal".

c) La educación escolar privada es nociva, porque es fuente de desigualdades / la educación escolar estatal universal, igualitaria, gratuita y democrática es siempre benéfica.

d) La educación superior privada, o más ampliamente no estatal, es una educación sin "calidad".

e) La educación superior privada persigue siempre fines de lucro.

f) En el sistema de educación estatal no se lucra.

Dado el exceso de conflictividad que permea la discusión sobre estos problemas ficticios, y además sobre las dificultades realmente existentes, es comprensible a nivel simbólico la preocupación de los proyectos de reforma constitucional "profundizadores" de dotar a nuestra Carta de algunos elementos explícitos en relación con el financiamiento, acceso y calidad de la educación. Pero, insistimos, dichas enmiendas no son necesarias. Se desprenden de suyo del actual estatuto, al menos si se atiende al concepto y finalidad de la educación –su deontología– y se comprende adecuadamente la noción subsidiaria del Estado, que no es defectiva, sino activa.

---

Mauricio Amar, *Equidad, calidad y derecho a la educación en Chile: hacia un nuevo rol del Estado*, Biblioteca del Congreso Nacional, Serie estudios N° 9, 2007, 47 pp., y Pablo Eguiguren F. y Sebastián Soto V., *El sistema de educación superior chileno a la luz del Informe OECD-Banco Mundial*, Libertad y Desarrollo, Serie Informe Social, 219, octubre 2010, 36 pp. El trabajo de Amar tiene el mérito de revisar cómo el Estado dejó de financiar de un modo eficiente la educación estatal, pero su admiración por el modelo de enseñanza pública le impide confrontar sus conclusiones con el modelo mixto, vigente en los países desarrollados. El análisis de Eguiguren y Soto es bastante significativo: revisa el diagnóstico de la educación superior sobre la base de índices concretos en materia de acceso y equidad, de calidad y financiamiento. Hay datos bastante crudos: la baja participación en el sistema de los jóvenes provenientes de las familias más vulnerables; la evidencia de que la Prueba de Selección Universitaria (PSU) no redujo, sino que aumentó, la brecha en el rendimiento de los alumnos provenientes de sectores de altos y bajos ingresos; las fallas en las políticas de becas y créditos universitarios; las disfuncionalidades del proceso de acreditación; las imperfecciones de los mecanismos a través de los cuales se financia la educación superior, especialmente el Aporte Fiscal Directo (AFD), el Aporte Fiscal Indirecto (AFI) y el programa MECESUP; las paradojas de las universidades directamente administradas por el Estado, etc.

Al respecto hay una errada percepción del Estado subsidiario por parte de los proyectos "rupturistas". Lo confunden con un Estado ausente o ajeno a los bienes sociales. Dicha percepción es apriorística y mañosamente interesada, pues de manera alguna puede deducirse del rol que la Constitución asigna al Estado en materia de educación. Tampoco es consecuencia del concepto mismo de la función subsidiaria por medio de la cual los poderes públicos están llamados a *fomentar, estimular, ordenar, suplir y complementar (fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet)* la actividad de los particulares.

El patrón *fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet* es clásico en los estudios sobre la subsidiariedad. A partir de un conocido texto de Pío XI, fue formulado por Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*, tal como figura en el texto latino precedente<sup>5</sup>. La encíclica fue invocada por el comisionado Jaime Guzmán en las actas de la Constitución a propósito del derecho de propiedad, si bien no se refiere explícitamente a nuestra cita<sup>6</sup>.

Contra el consenso de la doctrina nacional, hay autores que niegan la vigencia del principio de subsidiariedad en la Constitución<sup>7</sup>. Pero incurren en tres fallos. Los dos primeros: comprenden mal el principio<sup>8</sup> y no parecen tener conciencia de que su presencia explícita en las actas constitucionales no está sujeta a restricciones en razón de supuestas transacciones ideológicas<sup>9</sup>. Otro fallo: consideran la subsidiariedad como una especie de resabio de la tradición cristiana sustentada por el Magisterio Pontificio, incompatible con otras tradiciones, como la liberal y la socialista. Al parecer desconocen la renovada vigencia de la subsidiariedad en los países desarrollados<sup>10</sup>. Dan deseos de exclamar como

<sup>5</sup> Juan XXIII, encíclica *Mater et Magistra*, del 15 de mayo de 1961, sobre el desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina católica, Nº 53. La frase completa es preclara: *haec autem reipublicae providentia, quae fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet, illo "subsidiarii officii principio"*.

<sup>6</sup> Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 161, del 28 de octubre de 1975.

<sup>7</sup> Especialmente, Pablo Ruiz Tagle V., *Principios constitucionales del Estado empresario*, Revista de Derecho Público, Nº 62, 2000, pp.54-57.

<sup>8</sup> Sobre el tema que nos ocupa, el trabajo más acucioso en lengua castellana es el de Beatriz Bullón de Mendoza y Pablo Sánchez Garrido (ed.), *El principio de subsidiariedad: su naturaleza y aplicación política y educativa*, CEU ediciones, Madrid, 2008. Desde una perspectiva conceptual dos obras son imprescindibles: AAVV., *El principio de subsidiariedad*, Actas de la XIX Reunión de Amigos de la Ciudad Católica, Speiro, Madrid, 1980 y Enrique Ban, *Pequeña aportación lexicográfica al término de subsidiariedad*, Centro de Estudios Europeos, Pamplona, 2000. Sobre los antecedentes históricos de la subsidiariedad, Jesús Llanos, *El concepto de subsidiariedad desde el siglo I hasta la Inglaterra del siglo XI*, Centro de Estudios Europeos, Pamplona, 2000, y Enrique Ban, *Subsidiariedad: historia y aplicación*, Centro de Estudios Europeos, Pamplona, 2000.

<sup>9</sup> Vid. Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones 16ª, del 13 de noviembre de 1973; 17ª, del 15 de noviembre de 1973; 18ª, del 22 de noviembre de 1973; 27ª, del 28 de mayo de 1974; 38ª, del 7 de mayo de 1974; 40ª, del 14 de mayo de 1974; 45ª, del 13 de junio de 1974; y 161ª, del 28 de octubre de 1975.

<sup>10</sup> Desde el punto de vista teórico hay que plantearse un problema no menor: ¿hasta qué grado es armonizable el principio de subsidiariedad con el Estado moderno, leviatán que especialmente en el siglo XX ha concentrado formalmente el poder político, jurídico y simbólico de cada nación en las democracias llamadas "liberales" o "sociales"? El tópico es de gran actualidad pues el principio de subsidiariedad ha servido en las últimas décadas como categoría para perfilar las relaciones al interior de la Unión Europea. Myriam

Cicerón en sus *Catilinarias*: *¿Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra (hasta cuándo abusarás, Catilina, de nuestra paciencia)?*<sup>11</sup>

Volviendo al punto, no se necesita modificar el rol del Estado para comprometerlo constitucionalmente en la mejora del financiamiento, acceso y calidad de la educación. La subsidiariedad exige, cuando es necesario, la intervención del Estado atendido el bien común y la defección de las fuerzas sociales o individuales. Pero siempre se trata de una intervención atenta a las libertades; una intervención no “intervencionista”, sino supletoria; no sistemática, sino proporcional.

Si la noción es rectamente comprendida, los beneficios del Estado subsidiario pueden desplegarse a nivel legislativo sin ningún tipo de obstáculos. De partida, hay que abandonar el concepto de Estado “parapléjico” sin sensibilidad social, puramente tecnocrático y utilitario, que existe en algunos sectores amparándose falsamente en la Constitución.

A propósito de la subsidiariedad se denota en los proyectos “rupturistas” una confusión notable entre función pública y función estatal. Como en su tiempo recalaba Van der Aa, los términos no son equivalentes. Conceptualmente una función puede ser pública en tres sentidos: (a) cuando redunde en pública utilidad y están sus beneficios a disposición de todo aquel que quiera aprovecharse de ellos; (b) cuando es necesaria para el bien común; (c) cuando por su naturaleza tiende directamente a formar sujetos aptos para las funciones públicas; (d) cuando estamos frente a una función estatal de acuerdo con la ley. En este sentido, el rol del Estado en relación con la educación es eminentemente público en razón de los significados (a) y (b). Pero no es necesariamente una función estatal en sus acepciones (c) y (d), salvo en los Estados totalitarios.

Además, debe tenerse presente que el rol del Estado en la educación debe ser modulado por la libertad de enseñanza en una acepción muy específica, que desgraciadamente ha sido olvidada, al menos explícitamente, incluso en los proyectos que hemos llamado “profundizadores”. Se trata del derecho de los

Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; Javier Lazo Pérez, *Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad*, Marcial Pons, Madrid, 2009; José Fernando Merino Merch, *Principio de subsidiariedad en la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Grupo de Trabajo I de la Convención Europea, *Subsidiariedad: conclusiones*, Oficina del Parlamento Europeo en España, Madrid, 2003; Alicia Chicharro Lázaro, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2001; Manuel Fraga Iribarne, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Fundación Galicia Europa, Santiago de Compostela, 1997.

Al régimen de la Unión Europea ¿es aplicable la subsidiariedad como método o también como principio de filosofía político-social? Desde una visión problemática, Ana Mar Fernández Pasar, *Crisis del Estado-nación europeo y principio de subsidiariedad*, Institut de Ciències Polítiques y Socials, Barcelona, 2001; Dimas Ferreira López, *La subsidiariedad como principio de filosofía social y como método*, tesis doctoral, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2005.

<sup>11</sup> Cicerón, *Catilinarias*, texto bilingüe, Planeta, Madrid, 1994, *In Catilinam I*, p.13.



padres a educar a sus hijos, considerado como un derecho natural y en todo caso previo a la función del Estado en la materia. Puede el Estado imponer estándares mínimos de instrucción a los educandos, de acuerdo al desarrollo cultural, técnico y científico de la educación nacional. Pero no puede violar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones, punto en el que la libertad de enseñanza se cruza con la libertad de conciencia y la libertad religiosa, derechos de especial relieve en el derecho internacional de los derechos humanos y, a su modo, en nuestra propia Constitución.

Confundir función pública y función estatal para los efectos de favorecer únicamente un modelo de enseñanza administrado directamente por el Estado es riesgoso entonces no solo por motivos de eficacia y calidad, sino también en razón de la libertad de enseñanza, la libertad de conciencia, la libertad de creencia, la protección de la familia y del derecho de los padres a la educación de sus hijos.

En este contexto, el favorecimiento exclusivo de la educación estatal –piénsese en la educación superior– no es únicamente un asunto de definición de políticas públicas, sino un eje donde se puede inhibir el desenvolvimiento de una serie de derechos concurrentes. De ahí que los proyectos más adictos al modelo estatista se sientan en la necesidad de hacer “primar” el derecho a la educación sobre la libertad de enseñanza, imponiéndole regulaciones incompatibles con su contenido esencial. Afirmación gravísima especialmente en el ámbito parvulario y escolar, donde hay que reivindicar en beneficio de la propia educación –de su esencia cultural y de su calidad– el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos.

Mala técnica es la de creer que para profundizar un derecho fundamental hay que lesionar otro o integrarlo a ámbitos de desprotección. No hay aquí motivos jurídicos, sino político-ideológicos: el pretender someter el estatuto de la libertad de enseñanza a los avatares de la política contingente, al juego de mayorías o minorías, pues no otra cosa es lo que se hace cuando se llama a la ley común a “regular” este derecho. La finalidad es clara: favorecer exclusivamente la educación estatal como si la “administración directa del Estado” equivaliera pura y simplemente a la “función pública de educación”.

Solo por un apriorismo irrealista se puede concebir el desarrollo de la libertad de enseñanza como el avance de un carcelero que impide el libre movimiento del derecho a la educación. Para garantizar el ejercicio, financiamiento y calidad de este último no es necesario hacerlo “primar” sobre la libertad de enseñanza. Los núcleos dogmáticos de ambos no se tocan; al contrario, se armonizan: la libertad de enseñanza es el punto de partida para extender la educación, sea en cobertura, como de hecho ha sucedido, sea en calidad, como se reconoce respecto de la educación escolar privada, y en casos sectoriales, de la subven-

cionada. O también en el frondoso caso de las universidades tradicionales no estatales y de un número ponderable de universidades privadas.

La reivindicada "primacía" del derecho a la educación sobre la libertad de enseñanza es *hic et nunc* solo un pretexto de los proyectos "rupturistas", una estrategia político-partidista para demandar el estatismo en materia educacional. Estatismo morigerado cuando se afirma que hace parte esencial de las atribuciones del Estado intervenir por sistema en este ámbito y no solo por deficiencia de la organización social. Estatismo pleno cuando se cree que el Estado es la fuente de todo derecho y el origen de toda legalidad, por lo que se reivindica como propio el derecho de diseñar la educación a voluntad, sin mayor atención a la libertad de enseñanza en cuanto derecho de no intervención y de autonomía.

A mayor abundamiento se debe notar que el déficit de financiamiento de una educación de calidad, que asola a los sectores más vulnerables de nuestro país y aqueja como una pesada mochila al mayoritario abanico de las clases medias, no es principalmente un problema jurídico –v. gr. de diseño de los derechos fundamentales o de bases del sistema constitucional de educación– sino una cuestión principalmente económica, que se soluciona eligiendo una o varias de las múltiples opciones que se presentan para saldar el problema en toda su concreción. Revisar, por ejemplo, la política de becas y créditos a los estudiantes de educación superior, o el sistema de aporte fiscal a las instituciones de enseñanza con criterios más generosos y a la vez ecuánimes es algo que se impone, y que no tiene que ver con disputas dogmático-constitucionales.

Finalmente, se ha de constatar que en ninguno de los proyectos analizados se atisba la actual crisis de educación chilena como una crisis de la cultura. Todas las iniciativas, en mayor o menor medida, tratan a la educación como un producto utilitario al servicio de la profesionalización. Dimensión esencial e imprescindible como criterio de desarrollo económico y de bienestar material, pero no factor basal en cuanto criterio de civilización. Al respecto, Ortega y Gasset, al inicio de la década de los treinta, ya estigmatizaba el mal de concebir la educación únicamente como instrumento cuantificable de profesionalización o movilidad social. Célebres y temibles son sus advertencias sobre la "*nueva barbarie inesperada*" que produce profesionales, pero no forma hombres cultos, que crea especialistas hábiles para vivir su tiempo con un esencial y trágico anacronismo<sup>12</sup>. Advertencia en la que insistió décadas después, también a su modo, la lúcida voz de Dawson<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> José Ortega y Gasset, *Misión de la Universidad*, en *Obras Completas* (12 vol.), t. IV, Alianza, Madrid 1987, pp. 313-353.

<sup>13</sup> Christopher Dawson, *The Crisis of Western Education (1961): La crisis de la educación occidental*, Rialp, Madrid, 1962.



Crisis de la educación. Crisis de la civilización. Conceptos correlacionados que en Europa están siendo objeto de vivos análisis, sea en publicaciones periódicas, sea en revistas y libros especializados, dado que no pueden ser enfrentados con meros criterios utilitarios, cuantitativos o financieros. Se vinculan a algo más profundo que toca a la degradación general de las relaciones sociales y al hundimiento de todos los referentes. Sus frutos más vistosos son el neovandalismo a la luz del día, la depreciación de la palabra y del concepto, el individualismo autista y desenfadado, y la indiferencia hacia el bien común<sup>14</sup>. Si ello se da en las sociedades de bienestar, es claro que la crisis de educación no se soluciona únicamente con inversión de recursos ni menos con ideologías pedagógicas estatistas o igualitarias.

Sería oportuno que en nuestro país esta última perspectiva de análisis fuera incorporada al debate nacional. Sobre todo porque la sociedad de consumo, que a diversos títulos es bien apreciada, ha producido males que se encuentran agudizados en Chile al galope de un mercantilismo desenfrenado, que ha ajado nuestra antigua valoración de las personas y de las cosas, del tiempo y del espacio, afectando profundamente nuestra cultura e identidad, y con ello las bases mismas de la educación, incluso las reglas mínimas de urbanidad. Problema mayúsculo que a todos conviene afrontar.

## Bibliografía

- Actas oficiales de la Comisión Constituyente: Sesiones 16ª, del 13 de noviembre de 1973; 17ª, del 15 de noviembre de 1973; 18ª, del 22 de noviembre de 1973; 27ª, del 28 de mayo de 1974; 38ª, del 7 de mayo de 1974; 40ª, del 14 de mayo de 1974; 45ª, del 13 de junio de 1974; y 161ª, del 28 de octubre de 1975.

En: [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas\\_oficiales-r](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r)

- Amar, Mauricio (2007): *Equidad, calidad y derecho a la educación en Chile: hacia un nuevo rol del Estado*, Biblioteca del Congreso Nacional, Serie estudios N° 9, 47 pp.

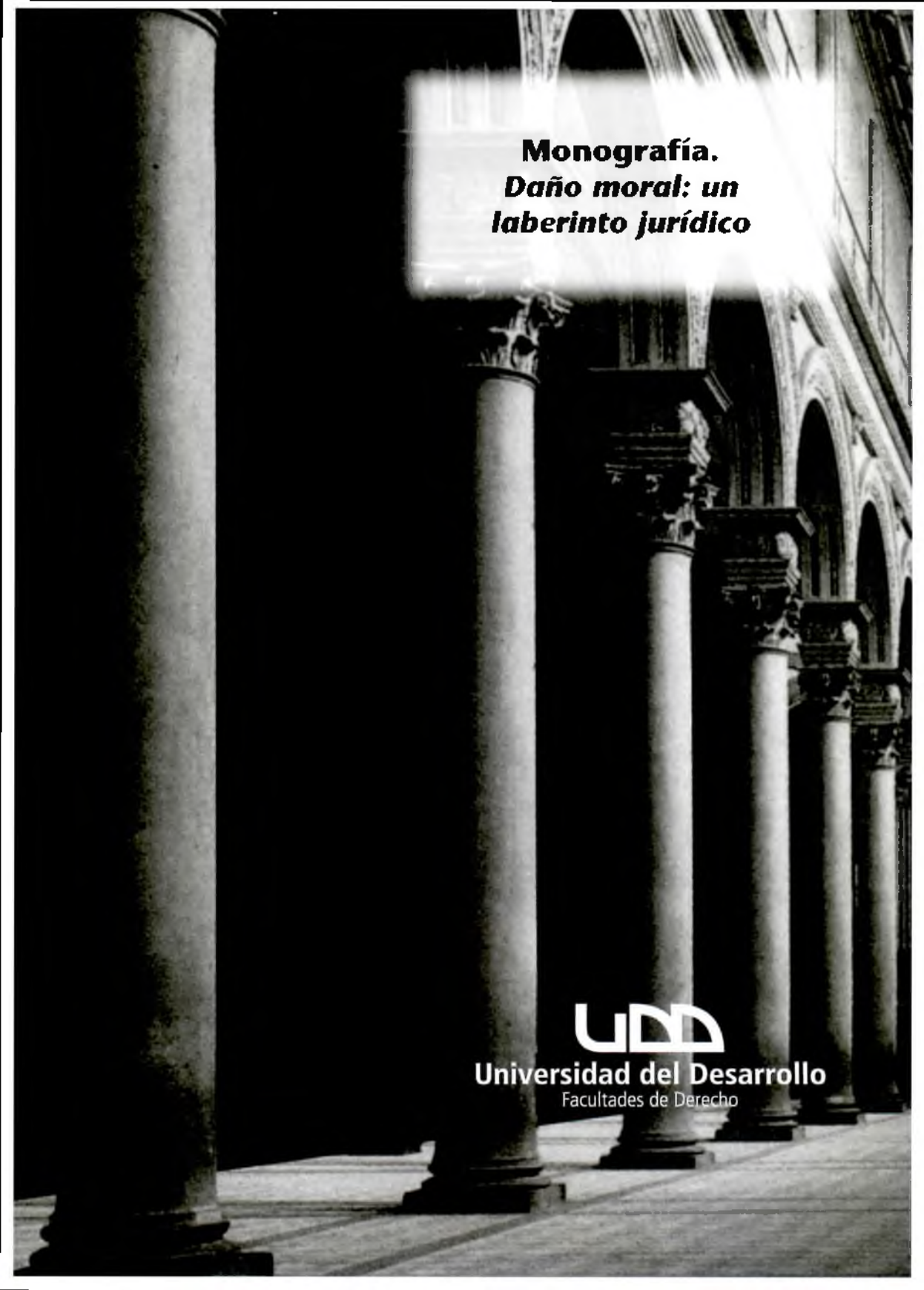
- AAVV. (1980): *El principio de subsidiariedad*, Actas de la XIX Reunión de Amigos de la Ciudad Católica, Speiro, Madrid.

- Ban, Enrique (2000): *Subsidiariedad: historia y aplicación*, Centro de Estudios Europeos, Pamplona.

<sup>14</sup> Una excelente síntesis del problema en el medio europeo, en Inger Enkvist, *Le collapsus éducatif*, en *Revue Catholique*, París, Automne 2011, N° 113, pp. 46-52. Del especialista sueco se ha vertido al español *La educación en peligro* (Unison, Madrid, 2000) y *Repensar la educación* (Ediciones Internacionales Universitarias, Pamplona, 2006). Más ampliamente, Marcel Clément, Gustave Thibon, Jacques Trémole de Villers, Michel de Penfentenyo, Jean Dusset, *La educación de los hombres*, Speiro, Madrid, 1974; Marcel Gauchet, Marie-Claude Blais et Dominique Ottavi, *Les Conditions de l'éducation* (Stock, Paris, 2008); Gilles Lipovetsky, *La société de déception* (Éditions Textuel, 2006); Chantal Delsol, *L'age du renoncement* (Cerf, Paris, 2011).

- Ban, Enrique (2000): *Pequeña aportación lexicográfica al término de subsidiariedad*, Centro de Estudios Europeos, Pamplona, 2000.
- Bravo Lira, Bernardino (1992): *La universidad en la historia de Chile, 1622-1992*, Pehuén, Santiago.
- Bullón de Mendoza, Beatriz, y Sánchez Garrido, Pablo (ed.) (2008): *El principio de subsidiariedad: su naturaleza y aplicación política y educativa*, CEU ediciones, Madrid.
- Cicerón, *Catilinarias*, texto bilingüe, Planeta, Madrid, 1994.
- Chicharro Lázaro, Alicia (2001): *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra.
- Covarrubias, Ignacio (2001): *El principio de subsidiariedad*, en Navarro Beltrán, Enrique (editor), *Veinte años de la Constitución chilena: 1981-2001*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.
- Dawson, Christopher (1962): *The Crisis of Western Education (1961): La crisis de la educación occidental*, Rialp, Madrid.
- Delsol, Chantal (2011): *L' age du renoncement*, Cerf, Paris.
- Eguiguren F., Pablo, y Soto V., Sebastián (2010): *El sistema de educación superior chileno a la luz del Informe OECD-Banco Mundial*, Libertad y Desarrollo, Serie Informe Social, 219, 36 pp.
- El Mercurio, Editorial *Educación: perspectivas comparadas*, del 22 de septiembre del 2011.
- Embid Irujo, Antonio (1983): *Las libertades de enseñanza*, Tecnos, Madrid.
- Enkvist, Inger (2000): *La educación en peligro*, Unison, Madrid.
- Enkvist, Inger (2006): *Repensar la educación*, Ediciones Internacionales Universitarias, Pamplona.
- Enkvist, Inger (2011): *Le collapsus éducatif*, en *Revue Catholique*, París, Automne 2011, Nº 113, pp.46-52.
- Fernández Pasar, Ana Mar (2001): *Crisis del Estado-nación europeo y principio de subsidiariedad*, Institut de Ciènces Polítiques y Socials, Barcelona.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (1982): *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Civitas, Madrid.
- Ferreira López, Dimas (2005): *La subsidiariedad como principio de filosofía social y como método*, tesis doctoral, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid.
- Fraga Iribarne, Manuel (1997): *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Fundación Galicia Europa, Santiago de Compostela.

- Cauchet, Marcel; Blais, Marie-Claude, et Ottavi, Marie-Claude (2008): *Les Conditions de l'éducation*, Stock, Paris.
- Informe OECD (2011): *Education at a Glance 2011: OECD Indicators*, OECD Publishing, 497 pp., <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2011-en>.
- Grupo de Trabajo I de la Convención Europea (2003): *Subsidiariedad: conclusiones*, Oficina del Parlamento Europeo en España, Madrid.
- Juan XXIII, encíclica *Mater et Magistra*, del 15 de mayo de 1961, sobre el desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina católica.
- Lozano, Blanca (1995): *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid.
- Lazo Pérez, Javier (2009): *Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad*, Marcial Pons, Madrid.
- Libertad y Desarrollo, *Segregación y calidad en el sistema educativo chileno*, Temas Públicos Nº 1031, 16 de septiembre del 2011.
- Lipovetsky, Gilles (2006): *La société de déception*, Éditions Textuel, Paris.
- Llanos, Jesús (2000): *El concepto de subsidiariedad desde el siglo I hasta la Inglaterra del siglo XI*, Centro de Estudios Europeos, Pamplona.
- López Jurado, Francisco de Borja (1991): *La autonomía universitaria como derecho fundamental*, Civitas, Madrid.
- Merino Merch, José Fernando (2004): *Principio de subsidiariedad en la Constitución europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ortega y Gasset, José (1987): *Misión de la Universidad*, en *Obras Completas* (12 vol.), t. IV, Alianza, Madrid, pp. 313-353.
- Rodríguez-Izquierdo Serrano, Myriam (2011): *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Ruiz Tagle V., Pablo, *Principios constitucionales del Estado empresario*, Revista de Derecho Público, Nº 62, 2000, pp.48-65.
- Torres Muro, Ignacio (2005): *La autonomía universitaria: aspectos constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Vidal Prado, Carlos (2001): *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.



**Monografía.**  
***Daño moral: un  
laberinto jurídico***



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Daño moral: un laberinto jurídico**

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

<b>I.- Concepciones y doctrinas sobre el daño moral</b>	<b>86</b>
<i>Según Ramón Daniel Pizarro:</i>	
1.- Daño moral es todo daño no patrimonial	86
2.- El daño moral se determina por la índole expatrimonial del derecho lesionado	87
3.- El daño moral como menoscabo a derechos conferidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica	87
4.- Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado	88
5.- Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa detrimento	88
<i>Según Carmen Domínguez Hidalgo:</i>	
1.- Concepciones que niegan la autonomía del daño moral respecto del daño patrimonial	89
2.- Concepciones que distinguen el daño moral como un perjuicio autónomo	90
2.1.- Concepciones negativas	90
A.- Daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial	90
B.- Daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio	90
C.- Daño moral es todo daño que carece de equivalencia pecuniaria	91
2.2. Concepciones positivas	
A.- Daño moral como pretium doloris	91
B.- Daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial	91
C.- Daño moral como menoscabo a los bienes de la personalidad	91
D.- Criterio que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado	92
E.- Doctrina que toma en cuenta el resultado que la acción dañosa provoca en la persona	92



3.- Criterios distintivos al interior de los daños no patrimoniales	93
<b>II.- Algunas reflexiones de los autores sobre la naturaleza y alcance del daño moral</b>	<b>94</b>
<b>III.- Daño moral concepto y definición</b>	<b>112</b>
A.- Patrimonio y bienes espirituales	112
B.- Definición de daño moral y obstáculo para su determinación	113
C.- Elementos contenidos en la definición propuesta y sus alcances	117
C.1.- El daño moral sólo puede sufrirlo la persona humana	117
C.2.- La lesión afecta la "esfera" de los sentimientos más íntimos del dañado	123
C.3.- El daño moral debe provenir causalmente de un hecho antijurídico que consistirá en la lesión de un derecho subjetivo de la víctima	126
C.4.- El daño moral supone el menoscabo o pérdida de un interés reconocido o un derecho de que se es titular	132
C.5.- Puede concurrir en una misma situación, conjunta o separadamente, el daño material y el daño moral, atendida la intimidad y profundidad de la lesión	137
D.- Sobre la certidumbre del daño	140
E.- Daños por repercusión o daño con consecuencias pecuniarias	143
F.- Daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual	144
<b>IV.- Naturaleza de la indemnización del daño moral</b>	<b>148</b>
A.- Daño moral como resarcimiento de un perjuicio efectivo	149
B.- La indemnización del daño moral como pena privada o pena punitiva	150
C.- Indemnización del daño moral como asignación "satisfactiva" destinada a mitigar el perjuicio causado	151
<b>V.- Tasación del daño moral</b>	<b>155</b>
1.- Daños morales "puros" y daños morales "por repercusión"	156
2.- Daño moral en el ámbito contractual y extracontractual	157
3.- Factores que inciden en la determinación y cuantificación del daño moral	158
A.- Criterios generales de valorización del daño moral	158
B.- Sobre el hecho ilícito	158
C.- Sobre el derecho o interés lesionado	158
D.- Sobre la calidad y condición de la víctima y el victimario	159

**VI.- Algunos pronunciamientos jurisprudenciales** 162**VII.- Conclusiones** 169

**Resumen:** El presente trabajo desarrolla una tesis sobre lo que constituye el daño moral, proponiendo una concepción del mismo y destacando los elementos que sirven para calificarlo y evaluar el resarcimiento indemnizatorio a que da lugar. Se incluyen en él siete capítulos, que tratan, sucesivamente: i) de las concepciones doctrinarias sobre el daño moral (estado actual de la doctrina); ii) algunas reflexiones de los autores acerca de la naturaleza y alcance del daño moral; iii) concepto y definición del daño extrapatrimonial (en el cual se analizan los obstáculos para su determinación y los elementos contenidos en la definición propuesta y su proyección, sobre la certidumbre del mismo, sobre daños por repercusión o daño moral con consecuencias pecuniarias, sobre el daño moral en el ámbito contractual y extracontractual); iv) naturaleza jurídica de la indemnización del daño extrapatrimonial; v) tasación del daño moral; vi) algunos pronunciamientos jurisprudenciales; y vii) conclusiones. La dispersión de opiniones y un cierto desconcierto entre los autores, unido a sentencias judiciales contradictorias, lleva a concluir que, por el momento, nos hallaríamos ante un verdadero "laberinto jurídico", fruto de aplicar las nociones y conceptos tradicionales de la responsabilidad civil a una cuestión que, sin duda, excede los caracteres del daño propiamente patrimonial. Se trata de un tipo especial de responsabilidad, que se ha instalado definitivamente en la doctrina y la jurisprudencia y que, conforme las tendencias que predominan en la actualidad, tiende a extenderse a todas las manifestaciones de la actividad civil.

\*\*\*

Es difícil abordar este tema en presencia de tanto desacuerdo y discrepancia doctrinaria. Del daño moral hay una infinidad de definiciones y conceptos, a pesar que todos entendemos de qué estamos hablando. A medida que el derecho se perfecciona y cubre mayores fronteras del comportamiento humano, surgen nuevos enfoques que alteran la teoría jurídica tradicional. El daño moral ha existido siempre, pero ha sido en los últimos 50 años que se ha desencadenado una preocupación especial en demanda de su reconocimiento y reparación. Una de las tendencias actuales de la responsabilidad es el aumento en la cobertura de los daños. Lo que ayer se negaba rotundamente, hoy se sostiene con la misma firmeza. Todos los daños que experimenta injustamente una persona –se dice– deben ser reparados. Ya no es concebible que la mayor parte de los daños se asignen a la fatalidad del destino.

Desde un punto de vista dogmático, la reparabilidad del daño moral depende del concepto que se tenga del mismo. De aquí la necesidad de abocarse a este tema sin la pretensión, por cierto, de agotarlo. Pero para reclamar la procedencia o improcedencia de una indemnización de este tipo es fundamental adoptar un criterio que lo caracterice y explique su naturaleza a la luz del derecho.

## I. Concepciones y doctrinas sobre el daño moral

Un autor argentino, Ramón Daniel Pizarro, analiza cinco corrientes de opinión o concepciones sobre el concepto de daño moral.

### 1. Daño moral es todo daño no patrimonial

Para ser consecuente, deberíamos definir, previamente, que se entiende **jurídicamente** por daño, de otro modo, se trata de un juicio negativo que no excluye prácticamente casi nada o muy poco. A nuestro juicio, desde una perspectiva jurídica, daño es **todo menoscabo o detrimento antijurídico que experimenta una persona**. Por lo tanto, no constituye daño para el derecho el menoscabo o detrimento que sufre un sujeto como consecuencia del cumplimiento de un mandato contenido en el sistema jurídico. El detrimento que experimenta una persona de acuerdo al orden jurídico no tiene carácter de daño, porque es una redistribución de los bienes o una reasignación que, por hallarse ordenada en la norma jurídica, no puede considerarse daño desde el punto de vista de la responsabilidad. De lo que se señala deducimos, entonces, que no puede asimilarse el daño en general con el daño jurídico, ya que este último tiene un rasgo especial y peculiar que le da una fisonomía propia. En síntesis, reiteremos, el daño en la perspectiva de la responsabilidad, sólo puede considerarse cuando es contrario a derecho: **antijurídico**.

Hecha esta salvedad, digamos que para esta corriente el daño moral es aquel que *"no entraña por sí mismo una pérdida económica, una disminución del patrimonio"*.<sup>1</sup> Yendo todavía más lejos, se ha sostenido que *"daño no patrimonial es aquel que aun indirectamente se traduce en una disminución patrimonial"*.<sup>2</sup> Ramón Daniel Pizarro rechaza esta concepción afirmando, entre otras cosas, que: *"El daño moral debe ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es. Lo contrario ha determinado que durante décadas permaneciese ignorado, relegado a un segundo plano, a la sombra del daño material. Y que su reparación asumiese, con frecuencia, carácter meramente simbólico, como*

<sup>1</sup> Stark-Roland-Boyer, *Droit civil. Obligations. Responsabilité délictuelle*, 2° ed., t. I, N° 110, p. 62. (citado por Ramón Daniel Pizarro).

<sup>2</sup> Bonasí Bunecci, *La responsabilidad civil*, p. 80; Demogue. *Traité des obligations en general*. T. IV, p.15. (citado por Ramón Daniel Pizarro).

algo 'casi no jurídico', que sólo podía ser computado para castigar o sancionar al autor de la lesión".<sup>3</sup>

## 2. El daño moral se determina por la índole extrapatrimonial del derecho lesionado

Se destaca que esta concepción ha tenido especial arraigo en Francia, Italia y Argentina. Según ella, "el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial, en contraposición el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales". (El autor que seguimos alude para reforzar esta definición a Henri y León Mazeaud, Savatier, Lalou, Brebbia, Acuña Anzorena, etc.) Tampoco esta corriente escapa de críticas. Se afirma, por ejemplo, que no es efectivo que la lesión de un derecho extrapatrimonial "arroje *necesariamente* un daño de esta índole. La realidad demuestra que, por lo general, un menoscabo de aquella naturaleza –v.gr. lesión de la integridad sicológica de una persona– puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial (si, por ejemplo, repercute sobre la aptitud productiva del damnificado, produciendo una disminución de sus ingresos. Inversamente, es posible que la lesión a derechos patrimoniales sea susceptible de causar, al mismo tiempo, no sólo daño patrimonial, sino también de carácter moral (incumplimiento de un contrato de transporte, que frustra las vacaciones o el viaje de luna de miel del acreedor)".<sup>4</sup> Creemos que este criterio carece de todo sustento, tanto doctrinario como práctico. El daño extrapatrimonial puede producirse cualquiera que sea la naturaleza del derecho o interés lesionado. Para superar esta crítica, algunos autores han sostenido la existencia de un "daño moral con repercusión sobre el patrimonio y daño moral puro", lo cual, a nuestro juicio, como lo observaremos más adelante, invierte el orden de los factores, ya que el daño moral invariablemente se deriva de la lesión a un derecho o interés, sin atender a la naturaleza del mismo.

## 3. El daño moral como menoscabo a derechos conferidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica

Esta concepción es todavía más limitativa que la anterior, ya que circunscribe el daño moral a la lesión de ciertos derechos (referidos a la personalidad jurídica), contraviniendo arbitrariamente el ámbito en que puede tener origen. La tendencia actual es precisamente contraria, ya que este tipo de daño puede provenir de la lesión a un interés o derecho de cualquier naturaleza, sólo a condición de que sea capaz de provocar el detrimento o efecto que lo caracteriza.

<sup>3</sup> Ramón Daniel Pizarro. *Daño moral. Prevención/ Reparación/ Punición*. Editorial Hammurabi S.R.L. Año 1996. Buenos Aires – Argentina. Pág. 37.

<sup>4</sup> Ramón Daniel Pizarro. *Obra citada*. Pág. 39.

#### 4. Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado

Otra corriente doctrinaria afirma que el daño moral *"consiste en la lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, que es presupuesto de un derecho"*. Se pone acento, en este caso, en la diversidad de intereses que son el presupuesto de ese derecho. *"Y como un mismo interés puede tener como presupuesto intereses de distinta índole –patrimoniales y extrapatrimoniales–, es esto último lo que debería computarse a la hora de determinar si el daño asume uno u otro carácter"*.<sup>5</sup> Sin perjuicio de las críticas que se han planteado a esta corriente, principalmente porque no se asigna una determinada extensión al interés extrapatrimonial, creemos nosotros que ella induce a error, ya que el daño moral puede provenir de la lesión a un derecho o un interés no constituido en derecho (recuérdese que el derecho, según Rudolph von Ihering, es un *"interés jurídicamente protegido por el ordenamiento positivo"*). Lo que importa no es la lesión del interés o derecho extrapatrimonial, sino la forma en que ésta provoca el daño moral que resulta.

#### 5. Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento

La obra que seguimos sostiene que parte importante de la doctrina y la jurisprudencia (argentina) se inclina por esta corriente, mencionándose numerosos autores que la avalan. Para explicarla se afirma la necesidad de hacer una distinción entre *"lesión –o daño en sentido amplio– y daño resarcible"*. En el sentido amplio daño debe entenderse como ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. En tal caso, como dice el autor citado, todo acto ilícito debería producirlo. De esta manera se entiende el daño en el ámbito del derecho penal y en sentido amplio en derecho civil. La legislación civil atribuiría otro significado al daño resarcible. Ya no se identifica con la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial, o un interés que es presupuesto de aquél, *"sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible sería este último"*.<sup>6</sup> Más claramente, el daño se produce *"a raíz de la lesión"*. Lo que interesa para estos efectos es la *"repercusión"* que la acción lesiva produce en la persona. Insiste el autor en el hecho de que el daño moral *"debe necesariamente derivar de la lesión a un interés no patrimonial, por lo que ambos componentes tienen que aparecer necesariamente amalgamados, al punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure"*.<sup>7</sup> Acto seguido, concluye definiendo el daño

<sup>5</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 42.

<sup>6</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 46.

<sup>7</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 47.

moral como *“una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”*.<sup>8</sup>

Los comentarios recogidos dejan en evidencia la complejidad del tema y la tendencia de la doctrina a multiplicar las diversas visiones, muchas de las cuales carecen de consistencia al no considerar o menospreciar el hecho de que el daño moral (no la lesión del derecho o interés afectado), como quiera que se defina, no puede compensarse o repararse como consecuencia de su indiscutible naturaleza (lesión extrapatrimonial). Carmen Domínguez Hidalgo, sobre este punto, se ha adelantado a reconocer que *“No es exagerado afirmar que la determinación del concepto de daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil”*.<sup>9</sup>

Esta autora realiza, también, un esfuerzo de síntesis sobre los criterios propuestos para definir el daño moral, agrupándolos en la siguiente forma:

### **1. Concepciones que niegan la autonomía del daño moral respecto del daño patrimonial**

Estas concepciones presentan el daño moral no como un daño autónomo, sino conexo al daño patrimonial, a tal punto que a falta de este último, se descartaría su resarcimiento. Se destaca el hecho de que en algunas legislaciones se ha consagrado el daño moral *“con incidencia patrimonial de daño material”*. De la forma indicada se soslaya el problema de la naturaleza del daño moral y se satisface la exigencia de que sólo es indemnizable el daño material, ya que aquél (daño moral) es una *“repercusión económica del daño patrimonial”*. Carmen Domínguez insiste en el hecho de que no existe relación alguna (dependencia, diríamos nosotros) entre los perjuicios materiales y los perjuicios morales, puesto que cualesquiera de ellos puede darse en forma independiente y autónoma. Tampoco le parece legítimo acudir a las diversas distinciones, dado que ninguna clasificación de los daños ha suscitado una aceptación unánime. Concluye manifestado que *“La posición más compartida se centra en la idea de daño moral y distingue, dentro de él, el llamado ‘daño puro’ o ‘meramente moral’ del daño moral con consecuencias pecuniarias, como sería aquel atentado a la integridad corporal que acarrea disminución de la capacidad de trabajo. Pero se ha ido abriendo paso la posición que reduce el daño moral a la primera categoría: atentado a los sentimientos de afección, dolor o aflicción que provoca el hecho dañoso, alteración de un estado psicológico, etc. Se intenta de ese modo configurar el*

<sup>8</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 47.

<sup>9</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. *Daño Moral*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2000. Tomo I. Pág. 43.



*daño moral como categoría propia de perjuicios, esfuerzo que, según se constatará a continuación, tampoco está exento de debate”.*<sup>10</sup>

## **2. Concepciones que distinguen al daño moral como un perjuicio autónomo**

Aceptando la conclusión de que el daño moral es autónomo respecto del daño material (posición mayoritaria en la doctrina), surgen dudas sobre el límite exacto de ambos perjuicios, dando lugar a concepciones dispares.

### **2.1. Concepciones negativas**

Se agrupan en esta concepción del daño moral todas aquellas doctrinas que, sin definirlo, lo contraponen al perjuicio material, así sea en su contenido u otras características.

#### **A. Daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial**

Se supone que el único elemento que permite distinguir el daño moral es su contraposición con el daño material. La distinción surge de la naturaleza del interés afectado. Se trata, entonces, de una concepción edificada sobre bases negativas. Se critica esta concepción especialmente por la circunstancia de que ambos tipos de perjuicios pueden provenir de un mismo hecho y producir, por consiguiente, una lesión tanto al interés patrimonial como al extrapatrimonial. Tal ocurre, por vía de ejemplo, siempre que se provoca un atentado a la integridad física de la persona, caso en el cual concurren ambos tipos de daños.

#### **B. Daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio**

Esta corriente, mayoritaria en la doctrina, sostiene que el elemento distintivo es la repercusión que el perjuicio tiene en el patrimonio de la víctima o del acreedor. Si el patrimonio experimenta una disminución, se trata de un perjuicio material; si el patrimonio no es afectado y se mantiene incólume una vez producida la lesión, nos hallamos ante un perjuicio de carácter moral o “no económico”. Nótese que conforme lo indicado, el daño moral a que se alude no afecta de manera alguna el patrimonio ni siquiera indirectamente (“daño moral puro”). Carmen Domínguez destaca, citando a Ruggiero, que conforme a esta concepción, los daños a la estética o al honor de una persona quedan fuera del concepto de daño moral, “en cuanto indirectamente suponen una lesión patrimonial”. Como es obvio, el daño moral queda de esta manera reducido a una mínima expresión, puesto que en la vida diaria, éste cobra importancia cuando va unido a un daño de orden material.

<sup>10</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 50.

C. *Daño moral es todo daño que carece de equivalencia pecuniaria*

Se trataría, en este enfoque, de acentuar la circunstancia de que el perjuicio moral, a la inversa de lo que sucede con el perjuicio material, no admite evaluación pecuniaria o en dinero. De lo anterior se seguiría que estamos en presencia de un perjuicio que no puede medirse o valorizarse en función de su reparación.

2.2. *Concepciones positivas*

Estas concepciones se agrupan en la siguiente forma:

A. *Daño moral como pretium doloris*

Se conceptualiza el daño moral como el dolor o sufrimiento físico y psíquico que provoca la lesión. Desde esta perspectiva, el ilícito consumado desencadena en el afectado un estado emocional de sufrimiento, condicionado por las características del hecho y la sensibilidad de quien lo experimenta, que determina la necesidad de repararlo. En muchos casos, no en todos, por cierto, la lesión a un interés reconocido en el ordenamiento jurídico puede sobrepasar largamente el daño material provocado y constituir la base de una reparación legítima. Esta concepción permite ampliar el campo de aplicación del daño moral, al hacerlo compatible con el daño material.

B. *Daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial*

En esta tesis se distingue la naturaleza del derecho lesionado, delimitando el daño moral a la lesión de un derecho extrapatrimonial, en oposición a la lesión de un derecho patrimonial que no originaría un daño de esta especie. Advierte Carmen Domínguez que se confrontan en esta corriente dos líneas de definición. La primera que visualiza el derecho extrapatrimonial con mayor amplitud, extendiéndolo a todos los derechos de la personalidad, a los derechos políticos y a los derechos de familia. Una visión más restringida la circunscribe a los derechos que "derivan de la condición de la persona". La lesión, en este caso, apuntaría a los "derechos de personalidad", "derechos extrapatrimoniales de la persona" o, con mayor amplitud, a los "derechos de la persona".

C. *Daño moral como menoscabo a los bienes de la personalidad*

Para esta tesis, al decir de Carmen Domínguez, la más arraigada en la doctrina comparada, el daño moral proviene de la lesión de alguno de los llamados bienes de la personalidad, vale decir, de "aquella categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los denominados derechos de la

*personalidad*".<sup>11</sup> Por lo tanto, el carácter del daño moral está dado por la naturaleza del bien afectado. De lo anterior se sigue que con la lesión de un bien no patrimonial puede causarse un daño económico, sin afectar su existencia. Para aclarar el sentido de esta clase de perjuicios se indican dos formulaciones distintas. La primera se limita a enumerar una serie de bienes no patrimoniales cuya lesión puede generar este tipo de daños. Carmen Domínguez cita, a este respecto, una definición del Código Civil mexicano, que expresa: *"la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien la consideración que de sí misma tienen los demás"*. Otra formulación se limita a mencionar en general los bienes de personalidad, con el simple expediente de ejemplarizar algunos que deben ser tenidos como tales.

#### D. *Criterio que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado*

Se pone acento, en esta concepción, al interés que resulta lesionado con el hecho dañoso. Se trataría, entonces, de un daño provocado a intereses extrapatrimoniales. Al decir de un autor, el daño moral se causa cuando *"la lesión afecte a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico"*.<sup>12</sup> Como puede apreciarse, el hecho dañoso puede afectar uno u otro interés. Según la autora que seguimos, esta concepción ofrece dos ventajas importantes. Por un lado, desvincula el daño moral que lo restringe a la persona física y, por el otro, lo "independiza" del carácter de los intereses lesionados, ya que "el interés no patrimonial puede recaer en uno u otro". Más claramente, el hecho dañoso puede provocar un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo de los intereses que resulten afectados.

#### E. *Doctrina que toma en cuenta el resultado que la acción dañosa provoca en la persona*

Se parte sosteniendo que el daño, en su acepción más lata, comprende toda lesión a un derecho o un interés, así sea éste de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, en materia civil, el daño resarcible *"alcanza única y exclusivamente a las consecuencias perjudiciales que se desprenden de tal lesión. De suerte –dice Carmen Domínguez– que el perjuicio susceptible de reparación se define por el menoscabo que el atentado a ciertos intereses produce, ya sea en el patrimonio de la persona (caso en el que se trata de un daño patrimonial), ya*

<sup>11</sup> En este punto Carmen Domínguez se remite a varios autores (Cristóbal Montes, Álvarez Vagaray, Rogel Vide, Brebbia). Obra citada. Pág. 62.

<sup>12</sup> Esta cita se halla en la obra de Carmen Domínguez y corresponde al autor argentino Zannoni en su libro *El daño en la responsabilidad civil*. Año 1978. Pág. 290.

en la persona en sí misma (supuesto del daño moral)".<sup>13</sup> La distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial deriva, entonces, de las "consecuencias desvaliosas de la acción que causa el detrimento", que serían las únicas que darían título para reclamar una reparación civil. Mientras el daño patrimonial menoscaba el patrimonio de la persona (sea actualmente o en el futuro cuando hay posibilidades normales y previsibles de que ello ocurra); el daño moral, al decir de varios autores, debe apreciarse por el resultado, esto es, "por la modificación desvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, provocada por la lesión de un interés distinto de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial".<sup>14</sup> La raíz del daño moral se hallaría en el "disvalor subjetivo producido", independiente, por lo tanto, del sufrimiento, el dolor, la angustia que pareciera caracterizarlo.

Carmen Domínguez formula varias críticas a esta doctrina, destacando que su aceptación clausura toda reparación de esta naturaleza respecto de las personas jurídicas, puesto que no puede fundarse el daño en un atentado al "espíritu" o la "subjetividad" de la víctima. Por otra parte, la reparación quedaría reservada a las personas que se hallan en condiciones de "entender, querer o sentir", vale decir, que gocen de la plenitud de sus facultades mentales, "ya que de lo contrario no pueden experimentar una 'modificación desvaliosa de espíritu'", excluyéndose, por tanto, a quienes se encuentren privados de conciencia y a quienes carecen de un desarrollo mental que les permite comprender lo que ocurre a su alrededor.

### 3. Criterios distintivos al interior de los daños no patrimoniales

Siguiendo la sistematización de la autora que citamos, debemos aludir a la distinción entre los daños no patrimoniales y el daño moral. Se afirma, sobre este particular, que el daño moral no es más que una especie del género del daño no patrimonial. Surge entonces una nueva distinción de los daños "personales" (opuestos a los que afectan al patrimonio): corporales y morales. En los corporales deben incluirse los daños a la integridad física del sujeto privados de consecuencias pecuniarias. Los daños morales, a su vez, incluirían los perjuicios que afectan al honor o la intimidad y la reparación por la muerte de un ser querido. De esta distinción se siguen numerosas otras subdistinciones, en procura, creemos nosotros, de un rango distintivo del daño moral, meta que no se alcanza.

Según Carmen Domínguez, luego de citar varios autores sobre este particular: "el defecto principal que presentan estas concepciones es que, en su mayoría dejan

<sup>13</sup> Carmen Domínguez. Obra citada. Tomo I. Pág. 66.

<sup>14</sup> Carmen Domínguez. Obra citada. Tomo I. Pág. 67. Se cita, a propósito de esta definición, a varios autores, entre ellos Zavala de González, Ramón Daniel Pizarro, Jorge Mosset Iturraspe, Santos Cifuentes, etcétera. Obra citada. Tomo I. Pág. 67.

*reducido el daño moral al **pretium doloris** con todas las objeciones, ya aludidas, que esa identificación plantea. No es difícil percibir que, por esa vía, se persigue limitar una categoría de perjuicios que, o juzgar por la liberalidad con que es indemnizada, amenaza con extenderse indefinidamente”.*<sup>15</sup>

Hemos querido confrontar a estos autores para dar una imagen, lo más real posible, sobre el actual desarrollo de la teoría jurídica respecto de una materia que, como se advierte, cobra mayor importancia cada día. La sistematización que ofrecen los autores no difiere en lo sustancial, lo cual hace posible formarse una idea cabal de lo propuesto.

Con todo, quedarán en el lector un sinfín de interrogantes.

¿El daño moral es autónomo del daño patrimonial?

¿El daño moral supone la lesión de ciertos derechos atendida su naturaleza?

¿Existen efectivamente “bienes de la personalidad” cuya afectación genera este tipo de daños?

¿Se extiende el daño moral a la lesión de determinados intereses?

¿No pasa el daño moral de ser el “precio del dolor” (*pretium doloris*)?

¿Alcanza en daño moral exclusivamente a la reparación del menoscabo extra-patrimonial?

Estas y muchas otras preguntas quedan pendientes. Tenemos la impresión de que ninguna de las concepciones descritas da satisfacción a estas dudas y que se trata de una materia que la doctrina ha transformado en un verdadero laberinto jurídico.

## **II. Algunas reflexiones de los autores sobre la naturaleza y alcance del daño moral**

Comentaremos, a continuación, algunas reflexiones sobre el daño moral.

Georges Ripert y Jean Boulanger escriben sobre esta materia:

*“Se puede en primer lugar dar una definición negativa del daño moral: es aquel que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio. Basta eso*

<sup>15</sup> Carmen Domínguez. Obra citada. Tomo I. Pág. 77.



para hacer aparecer la dificultad: los daños y perjuicios acordados no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima; engrosarán ese patrimonio; la víctima será enriquecida así y la indemnización tendrá por lo tanto el carácter de una **pena privada** y no de una **reparación**. La objeción sería evitada si la reparación fuese **puramente moral** y consistiera en la reprobación señalada por los motivos de la decisión y la **publicidad** que le sería dada o en la **condena simbólica a un franco** de daños y perjuicios. Así sucede algunas veces, pero generalmente la víctima reclama una indemnización pecuniaria y los jueces se la otorgan evaluando el perjuicio causado. Se trata evidentemente de una **satisfacción de reemplazo**. Los jueces arbitran soberanamente la indemnización concedida; estiman que la concesión de esa indemnización recompensa a la víctima del ataque sufrido en sus sentimientos y han deducido de ello un argumento para decidir que si la víctima del daño muriese, su derecho a reparación es transmitido a sus herederos".<sup>16</sup> Como puede apreciarse, los autores citados dan en el blanco, puesto que resulta claro que un daño de esta naturaleza no es susceptible de repararse económicamente. De allí que este tipo de reparación resulte ser una pena privada, ajena a la naturaleza del daño que se procura compensar. Curiosamente el patrimonio de la víctima se ve incrementado económicamente, lo cual desdice toda posibilidad de hablar de reparación de perjuicios en el sentido jurídico de los mismos. Estos autores, más adelante, ponen acento en que este tipo de reparación constituye más bien *la represión de las faltas que, sin constituir siempre delitos penales, atestiguan una conducta culpable o defectuosa*. Nótese, finalmente, que en este comentario se abre paso el concepto de **satisfacción de reemplazo**, lo cual permite desplazar este concepto a un área distinta.

Henri, Léon y Jean Mazeaud, en su obra *Lecciones de Derecho Civil*, se refieren al perjuicio moral diciendo que: *"Se opone el perjuicio material y el perjuicio moral. Las expresiones no están bien elegidas. En efecto, se está tentando definir el perjuicio material, que afecta a un objeto material, corporal; y el perjuicio moral, como aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporeal, de los pensamientos y de los sentimientos. Ahora bien, ése no es el sentido exacto de la distinción.*

"Se entiende por **perjuicio material** aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, el **perjuicio patrimonial** (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios); y se entiende por **perjuicio moral** aquel que no se traduce en pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho **extrapatrimonial**.

"Es raro que un perjuicio moral no vaya acompañado de un perjuicio material. Una herida causa sufrimientos a la víctima: perjuicio moral, pero tam-

<sup>16</sup> *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*. Georges Ripert y Jean Boulanger. Tomo V. Obligaciones (2ª parte). Pág. 94. Ediciones La Ley. Buenos Aires. Año 1965.



bién un perjuicio pecuniario: gastos médicos, incapacidad de trabajo. Una difamación inflige un atentado al honor: perjuicio moral, pero también, con mucha frecuencia, un perjuicio material: pérdida de una situación, etc.

“Desde ese punto de vista, cabe oponer dos categorías de perjuicios morales. Los unos están unidos a un perjuicio material. Así, aquellos que afectan a lo que puede llamarse la parte social del patrimonio moral; alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración. Igualmente los padecimientos físicos, las heridas que causan lesiones estéticas, etc. Los otros están exentos de toda mezcla. Así, los atentados contra los sentimientos morales y religiosos. Asimismo, los atentados contra la parte afectiva del patrimonio moral, cuando lastiman a una persona en sus afectos; por ejemplo, el dolor experimentado por el hecho de la muerte de una persona amada.

“Sin duda, la muerte de un ser querido puede implicar, para aquellos que lo lloran, un perjuicio material; pero ese perjuicio es muy distinto de su pesar”.

*“Cuando el perjuicio moral está unido a un perjuicio material, al concederle reparación al segundo, se le concede reparación al primero. Por el contrario, cuando el perjuicio moral es distinto de todo perjuicio material, se plantea la cuestión de saber si la víctima puede obtener reparación de aquél”.*<sup>17</sup>

En su primera parte de este comentario vuelve sobre la naturaleza del perjuicio causado, cuestión que recogen varias otras concepciones ya mencionadas. Es, sin duda, lo que más resalta al analizar este problema. De la misma manera, los autores citados vuelven sobre el hecho de que el perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, por lo general, no se presentan de manera aislada, sino que operan simultáneamente. De aquí la alusión a dos categorías de perjuicios morales (los vinculados a la parte social del patrimonio moral y los vinculados a los sentimientos morales y religiosos). No resulta clara la aseveración en orden a que cuando se concede la reparación de los perjuicios materiales, ello implica la reparación de los perjuicios morales. Una vez más queda en evidencia la confusión que suscita esta materia, atendidas sus particularidades.

Otro autor, el español José Puig Brutau, trata los daños patrimoniales y no patrimoniales en los siguientes términos:

“De las distintas clases de daños, ofrece especial importancia la distinción entre los patrimoniales y los no patrimoniales. Los primeros recaen sobre intereses patrimoniales del perjudicado y son, por ello, susceptibles de valoración pecuniaria. Por el contrario, los daños no patrimoniales son los que

<sup>17</sup> *Lecciones de Derecho Civil*. Heri, Léon y Jean Mazeaud. Parte Segunda. Volumen II. Pág. 67. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 67.

afectan a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria, por lo que, en principio, no ofrecen la base más adecuada para su valoración en dinero.

“La reparación de los daños morales o no patrimoniales plantea varias cuestiones que SANTOS BRIZ enumera de la siguiente manera: si verdaderamente pueden ser objeto de reparación; en caso afirmativo, si se tratará de una verdadera indemnización o de una satisfacción proporcionada al ofendido sin carácter equivalente; si además de procurar una satisfacción para el ofendido, han de determinarse según criterios de expiación y pena para el agente o causante; cuál es su fundamento; si su reparación puede responder al mismo tiempo al concepto de indemnización, de satisfacción y de expiación o pena (Se cita obra de Santos Briz).

“En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan decididamente a favor de la reparación de los daños morales. El antiguo y superado criterio negativo se funda en la errónea creencia de que sólo puede indemnizarse lo que permite establecer una ecuación casi perfecta entre el valor del daño sufrido y la condena impuesta al culpable. Bajo la falsa apariencia espiritualista de separar los valores morales del dinero, lo único que se hacía era imponer un criterio materialista que facilitaba la impunidad de los autores del daño.

“Los principales argumentos que se alegaban contra la reparación de los daños morales eran los siguientes: la imposibilidad de valorar en dinero entidades puramente ideales, por lo que no se encontrará la medida del daño a indemnizar; que los sufrimientos morales dependen de la sensibilidad de cada individuo; que se confundirían la pena y la indemnización del daño; por el peligro de la formulación de demandas infundadas o cuyo fundamento sería difícil de probar (Se cita a De Cupis).

“Incluso se llegaba a decir que era inmoral aceptar dinero por los daños sufridos en valores no patrimoniales. Sin embargo, como opone DE CUPIS con toda razón: ‘Sostener la inmoralidad de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial se funda en un equívoco. Inmoral se puede considerar el hacer comercio de algunos elevados bienes personales, como el honor, mercantilizándolo por dinero, pero en modo alguno el exigir el resarcimiento por los daños sufridos independientemente de la voluntad propia y en orden a ellos. Y es que, en definitiva, amén de estar inspirado en un idealismo falso, resultaría injusto el dejar sin reparación alguna daños no patrimoniales que pueden incluso ser graves, en contraste estridente con la preocupación de reparar cualquier daño patrimonial por leve que sea’.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Volumen III. Ediciones Bosch. Barcelona. Año 1983. Pág. 184.

Como puede constatarse, los autores persisten siempre, como parece natural, en determinar el tipo de bienes que quedan afectados por la lesión. Del mismo modo, reconocen la dificultad de reparar un daño extrapatrimonial pecuniariamente, atendida la naturaleza del bien afectado y el sustituto con que se lo intenta indemnizar. Coinciden los autores en la evolución que ha experimentado esta pretensión. Considerada originalmente inmoral, en el día de hoy se ha abierto espacio a su procedencia, aduciéndose, a este respecto, razones de equidad y justicia. Como puede constatarse, las opiniones, en lo sustancial, son concordantes en relación a los aspectos esenciales que informan la discusión.

El autor citado sigue su razonamiento en los siguientes términos:

*“Como también con gran acierto ha dicho SANTOS BRIZ, en el problema de la indemnización de los daños morales ‘no se trata de valorar en dinero lo que no es susceptible de esa valoración, pues también en la reparación de los daños patrimoniales hay factores de difícil tasación en dinero, como en muchos casos de determinación de lucros frustrados, y por eso no se postula una reparación exclusivamente objetiva que elimine toda consideración de otro tipo’. Añade que en España se admite unánimemente en la actualidad que es posible la reparación de los daños morales al amparo del art.1902 C.c. (Cita al pie de página).*

*“Es cierto, como observa el mismo autor, que si la palabra ‘indemnización’ se entendía en un sentido puramente económico o de medida de un valor en dinero, no será procedente utilizarla cuando se trate de indemnización de daños morales. ‘Pero esta acepción –añade– no es la propia de nuestro idioma, en el cual aquella palabra es sinónima de la de <resarcimiento>, y ambas a su vez equivalentes a las de <reparar> o <compensar> un daño, un agravio o perjuicio’. Y es que, en relación con los daños morales, la palabra ‘indemnización ha de tener el sentido de **satisfacción** al ofendido”.*

*“La determinación de la cantidad a pagar en concepto de daño puramente moral, ha de tener en cuenta diversos factores: el volumen del menoscabo o perjuicio sufrido sin necesidad de buscar una igualdad de medida; el grado de culpabilidad del ofensor; por otra parte, la situación económica del mismo causante del daño o agravio, para que la sanción no alcance un grado excesivo de dureza, etc. (Se cita obra de Santos Briz).*

*“En algunos casos será procedente la reparación en forma específica, aunque sólo sea en parte. En este sentido hay que mencionar la condena a la eliminación, devolución o destrucción de escritos, el derecho de rectificación en la prensa o medios de comunicación; la publicación de la sentencia condenatoria del culpable, etc. (Se cita obra de Santos Briz).*

*"En todo caso no debe considerarse improcedente la indemnización pecuniaria, pues con la alegación de que los daños morales no son evaluables en dinero, lo único que se conseguiría sería dejar sin pena al causante del daño. Otra cosa es que no pueda hablarse, en casos semejantes, de que el dinero tenga una función de equivalencia. No hay duda que la indemnización pecuniaria cumple en este caso otra finalidad diferente y más genérica que en el resarcimiento del daño patrimonial (Se cita a De Cupis).*

*"Por otra parte, aunque en la reparación por responsabilidad civil predomine el aspecto indemnizatorio, existe también un elemento de pena o expiación, pues, en definitiva, como dice SANTOS BRIZ, 'tampoco puede descartarse este último completamente en la responsabilidad de los daños estrictamente patrimoniales'" (Se cita a Santos Briz).<sup>19</sup>*

Los comentarios transcritos dejan en evidencia la confusión y debilidad que revelan los juristas a la hora de justificar la reparación pecuniaria del daño moral. Desde luego, se confunde, como puede observarse, la naturaleza del daño con la dificultad de valoración del mismo. Ello, siendo efectivo, no altera el hecho de fondo que implica compensar un perjuicio no patrimonial con una prestación patrimonial, lo cual resulta imposible justificar sobre la base de una efectiva reparación. Para salvar esta contradicción se llega al extremo de sostener que la indemnización no tendría un sentido puramente económico o de *"medida de un valor en dinero"*, atribuyéndole un sentido de *"satisfacción al ofendido"*. De esta manera se desplaza el problema al área de la pena o la expiación, dejando expuesto un flanco insuperable en el área jurídica, porque para introducir la indemnización del daño moral se opta por desvirtuar el sentido y alcance de una reparación siempre *"equivalente"* al perjuicio causado. Todo lo anterior culmina con un razonamiento jurídicamente inaceptable, tratándose de instituciones profundamente arraigadas en el sistema normativo: rechazar la indemnización pecuniaria del daño moral importaría dejar *"sin pena al causante del daño"*. Lo que se detecta, entonces, es un vacío legal o la ausencia de normas que permitan superar esta falencia, recurriendo, para resolver esta anomalía, a la indemnización de perjuicios consagrada para reparar *"por equivalencia"* los daños patrimoniales que experimenta un sujeto como consecuencia de una lesión en sus derechos o legítimos intereses.

Un autor chileno, Leslie Tomasello Hart, en una obra ya clásica sobre este tema, sostiene –citando a Roberto Brebbia– que la distinción entre el daño patrimonial y el daño moral adopta dos criterios fundamentales:

*"Para unos, depende estrechamente de la naturaleza de los derechos lesionados: si el acto ilícito ha vulnerado un derecho patrimonial, el daño es material;*

<sup>19</sup> José Puig Brutau. Obra citada. Tomo II. Volumen III. Pág. 185.

*si se ha lesionado un derecho no patrimonial, el daño es moral*".<sup>20</sup> (Se admite la existencia de lo que se ha llamado el "daño moral puro" –que no tiene incidencia en otro tipo de daño– y el "daño moral con repercusión patrimonial" –cuando la lesión al derecho no patrimonial determina algunas consecuencias en el patrimonio–.

"La otra parte de la doctrina no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, cualquiera que sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial.

"Esta segunda acepción es, a nuestro juicio, la correcta, porque si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los 'efectos' o consecuencias de la lesión".<sup>21</sup>

Más adelante agrega:

"Con este concepto, es perfectamente lógico que una acción ilícita, aunque no haya afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a ésta –y a menudo ocasione– ambas clases de daño conjuntamente. No hay, por consiguiente, más que un daño moral en sentido propio, o sea, el que los escritores del primer grupo llaman 'puro'; en cuanto al supuesto daño moral con repercusión sobre el patrimonio, se trata del daño patrimonial indirecto".<sup>22</sup>

La distinción que postula el autor citado resulta evidente y clara, en orden a que el daño moral debe estar referido a las consecuencias de la lesión. Lo propio puede sostenerse en lo relacionado con la concurrencia del daño patrimonial y moral, caso en el cual este último debe considerarse daño patrimonial indirecto. Pero no perdamos de vista el hecho de que una cosa es el hecho que causa la lesión y otra el daño que éste infiere. No hay, entre ambas cosas, identidad ninguna.

Más adelante, el mismo Tomasello acota:

<sup>20</sup> Leslie Tomasello Hart. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1969. Pág. 27.

<sup>21</sup> Leslie Tomasello Hart. Obra citada. Pág. 28.

<sup>22</sup> Leslie Tomasello Hart. Obra citada. Pág. 28.



*“Tratando de precisar el concepto mismo de daño moral (el autor reconoce, en una nota marginal, haber sido guiado en esta parte por Fernando Fueyo Laneri en su obra *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Tomo II, Págs. 100 a 107), y en un terreno ya más profundo, se ha criticado por algunos la doctrina que funda el daño moral sólo en la afectación psíquica o física del sujeto que lo sufre, como se denota en un fallo de nuestra jurisprudencia (Rev. de D° y J. y C.S.: Tomo LI, 2da. Parte, secc. 1ª. Pág. 74) Esta posición ha sido criticada, entre otros, por Brebbia, quien sostiene que tal repercusión, casi natural e infaltable en toda transgresión, aun de orden patrimonial, no puede ser considerada en Derecho para caracterizar una forma determinada de perjuicios, porque todo agravio lleva consigo una conmoción de orden psíquico o físico en el sujeto que lo sufre, no sirviendo para definir la esencial del daño moral. A lo sumo puede señalar un ‘efecto común’. La crítica avanza un paso más y expresa que lo puramente psíquico no cae en el esfera del Derecho y menos podría ser considerado para configurar jurídicamente una categoría de daños. Por ello es que en cuanto al contenido esencial del daño moral se dice que tal daño se produce y es reparable cuando un derecho extrapatrimonial, de la personalidad, es alcanzado y dañado. Los perjuicios de afectación que se producen por haberse herido la parte afectiva del sujeto, como la pérdida o las lesiones a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección, también se reparan, pero sólo en cuanto vulneren algún derecho de la personalidad, como, por ejemplo, los que tienen por objeto asegurar la existencia física (la vida), o la integridad corporal (la salud), o la actividad física, etc. Un contrato que pudiera servir de ejemplo práctico de esta tesis sería el caso de una sociedad de personas en que uno de los socios administra con toda la confianza de los demás, pero se descubre que obra en provecho propio, lo que trae la disolución de la sociedad, que acarrea a uno de ellos una depresión nerviosa intensa. La salud y la actividad física e intelectual quedan afectadas de este modo, y sin necesidad de considerar la eventual repercusión económica del mal, hay un daño extrapatrimonial reparable, porque derechos de la personalidad han sido afectados, pero no se podría pensar en un perjuicio de afección, fundamento de una reparación que los autores llaman ‘pretium doloris’ si se acredita sólo una repercusión afectiva sin afectarse un derecho de la personalidad”. (En una nota a pie de página, el autor señala lo siguiente: “Nosotros encontramos algo absurda esta doctrina, pero en todo caso nos parece indudable que para que se produzca la reacción del Derecho es necesario que el bien afectado quede dentro del campo tutelado por él, el cual indudablemente no comprende aquello que sólo se relacione con el fuero interno, campo propio de la moral”).<sup>23</sup>*

Como es dable observar, se persiste en destacar cuál es el objeto sobre el cual recae la lesión, provocado el daño moral: derechos de la personalidad. Desde

<sup>23</sup> Leslie Tomasello. Obra citada, pág. 31.



este punto de vista habría, entonces, una esfera que al ser afectada desataría la producción del daño moral.

El mismo autor ha precisado, en la obra que citamos, cuáles son las principales objeciones que se formulan sobre la reparación del daño moral. Entiende Tomasello que, cuando se habla de daño moral, no puede incluirse aquel con "repercusión patrimonial", el cual sigue para los efectos de su reparación las reglas del daño patrimonial propiamente tal. Reproduciremos, a continuación, las objeciones y los contraargumentos que se esgrimen a este respecto.

La primera crítica se expresa como sigue:

*"Se dice que es absurdo dar lugar a la indemnización del daño moral, dado que no existe ninguna equivalencia y relación entre la naturaleza del daño y la naturaleza de la indemnización. En el caso del daño material es muy lógica, porque éste se traduce en pesos menos y la indemnización se paga en dinero. (Se cita a Alessandri y Somarriva en la versión de Antonio Vodanovic). "El daño material –se dice–, como susceptible de apreciación pecuniaria, puede realmente ser reparado con una suma de dinero; en este sentido puede afirmarse que ningún daño material es irreparable. Pero si el daño moral, por definición y esencia, es el que no es susceptible de aquella apreciación, ¿cómo pretender repararlo con una suma de dinero? Poner 'precio al dolor' o a los sentimientos íntimos importa en el fondo una inmoralidad, una degradación de los mismos valores que se quieren salvaguardar".<sup>24</sup> La respuesta a esta objeción parte del supuesto –jurídicamente bien relativo– que es "peor" dejar sin reparación de ningún orden el daño moral. Lo que se procura es una indemnización que juega un papel diferente de aquella que corresponde al daño material, no se trata de equivalencia, sino de compensación o satisfacción a la víctima. Se destaca que el dinero juega esta función en numerosos actos de la vida, como la retribución a los servicios de un abogado o de un médico y, en general, de cualquier persona que despliega una función intelectual. "¿Cuánto 'vale', con el sentido de equivalencia, la defensa de un abogado en una causa judicial cualquiera? Lo mismo puede decirse de casi todos los productos de la ciencia o el arte: ¿Cuánto vale realmente la audición musical de un gran pianista, o el cuadro de un pintor insigne, o un hermoso poema o una bella novela? Con el valor de equivalencia, es evidente que la respuesta a estas preguntas es tan imposible –ni menos ni más– como la que intentara valorar pecuniariamente la lesión de las afecciones íntimas tuteladas por la ley."*

<sup>25</sup> El autor citado vuelve sobre aspectos morales que sirven para defender la reparación económica del daño moral, sosteniendo que la ausencia de una reparación importaría la injusticia de dejar un ilícito sin sanción. No

<sup>24</sup> Leslie Tomasello. Obra citada, pág. 39.

<sup>25</sup> Leslie Tomasello cita en este párrafo diversos autores. Pág. 40.

se trata, entonces, de “reparar” aquello que por naturaleza es irreparable, sino de “compensar” y “satisfacer” a quien sufre una molestia o un dolor. Como puede advertirse, los argumentos se repiten más o menos en la misma dirección.

Una segunda crítica que, en cierta medida, está inserta en la anterior, se expresa de la siguiente manera:

*“De admitirse la indemnización del daño moral, se presentaría la dificultad de determinar el monto de la indemnización; dado el carácter del daño moral, sería poco menos que imposible llegar a dicha determinación. Lo que no acontece en el daño material, donde se toma en consideración el daño emergente y el lucro cesante”* (Se cita a Arturo Alessandri y Manuel Somarriva en la obra de Antonio Vodanovic). Aludiéndose específicamente a don Arturo Alessandri Rodríguez se responde que no puede esta dificultad ser óbice para no admitir esta indemnización, puesto que en varios otros casos sucede algo semejante sin que ello sea invocado para impedir el ejercicio del derecho. Se sostiene, textualmente, que *“la ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización, ya que esto último significaría suponer que para el legislador son más importantes los intereses materiales que los morales, que nuestra legislación permitiría que se lesionen impunemente los más sagrados y respetables sentimientos y que mientras toda lesión patrimonial, por pequeña que sea, da derecho a indemnización, los atentados contra el honor, la libertad, los afectos y todo cuanto de máspreciado tiene el hombre quedarían impunes por la dificultad de apreciarlos en dinero y por evitar la arbitrariedad judicial”* (Se citan, a continuación dos fallos judiciales pronunciados por la Corte Suprema en que se reafirma la aplicación de esta sanción para reparar actos ilícitos).<sup>26</sup>

La tercera crítica, que recoge la obra invocada, siguiendo a los profesores Alessandri y Somarriva, señala que:

*“En la práctica, esto de la indemnización del daño moral puede llevar a muchos abusos, porque será muy difícil determinar cuándo existe y cuándo no el daño moral, lo que tampoco acontece en el daño material”.*<sup>27</sup> Esta crítica se replica, diciendo que es igual a la anterior, y que la supuesta e inevitable arbitrariedad al fijar el monto de la reparación no puede justificar privar de su derecho a la víctima. Se trae a colación una sentencia de Laurent que acertadamente dice: *“Del hecho de que el juez no pueda*

<sup>26</sup> En esta parte Leslie Tomasello recurre a la opinión de don Arturo Alessandri y don Manuel Somarriva recogida en la obra de Antonio Vodanovic.

<sup>27</sup> Alessandri, Arturo, y Somarriva, Manuel. *Curso de Derecho Civil* (Redacción de Antonio Vodanovic). Tomo IV. Pág. 877.

conceder una reparación exacta no se puede concluir que no debe concederse ninguna reparación". Se invocan, enseguida, otras situaciones en las cuales no es posible fijar el monto de una prestación, sin que ello haya sido excusa para negar el ejercicio del derecho. Así, se pregunta, por ejemplo, ¿cuánto vale una operación de apendicitis o de hígado o de estómago? Llamado el juez a fijar su valor, resulta inevitable aceptar un cierto grado de arbitrariedad. Finalmente, cabe destacar que se alude a los estándares generales que predominan en la sociedad: "Los tribunales llegan siempre a establecer un criterio general, teniendo en consideración la manera de sentir y de pensar común a los miembros de la colectividad en que actúan y a que pertenecen".<sup>28</sup>

Comentaremos, enseguida, algunas reflexiones de un autor colombiano al cual atribuimos especial importancia, aparte de su solvencia jurídica, por el hecho de que nuestra legislación civil sea en todo semejante. Javier Tamayo Jaramillo, al cual pertenecen todas las referencias que se siguen, manifiesta sobre los perjuicios extrapatrimoniales:

"Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial que son garantizados por la Constitución y por las leyes penales y civiles. Entre estos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. La lesión de cualquiera de estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado; por lo tanto, no es menester en puro derecho que una de estas lesiones produzca desmedro patrimonial o efectivo en la víctima, para que pueda hablarse de daño reparable. El hecho mismo de la lesión al bien es constitutivo de daño. Se trata de daños independientes ontológica y lógicamente hablando, lo que significa que, en teoría, se puede presentar con o sin la presencia de otros daños. Lo que acontece es que si a causa de determinado daño se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima directa o de un tercero, es porque se han producido varios daños y no uno. Por lo tanto, cada bien lesionado es un perjuicio con entidad propia. La simple pérdida de la vida o de la integridad personal es un daño extrapatrimonial que exige reparación; por ello, preferimos renunciar a la distinción entre daño y perjuicio, pues desde el momento en que se afecte un bien de la vida, hay daño.

"Hecha estas aclaraciones, la función siguiente consiste en determinar la intensidad de los daños extrapatrimoniales y la forma de evaluarlos. La dificultad o aparente imposibilidad de ello no hace desaparecer la esencia del perjuicio.

<sup>28</sup> Leslie Tomasello. Obra citada. Pág. 43.

“Por otra parte, a menudo se considera que los daños extrapatrimoniales son morales, sin embargo, es preciso conservar esta última denominación únicamente para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión”.<sup>29</sup>

Este autor recoge en los párrafos siguientes la distinción entre “daños objetivados” y “daños subjetivos”, asimilando los primeros íntegramente a los daños patrimoniales. Sobre los “daños subjetivos”, invocando la opinión de Jean Carbonnier y Max Le Roy, los describe en los siguientes términos:

“La indemnización por perjuicios morales subjetivos, llamada también **pretium doloris**, busca remediar en parte no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente. En este sentido, debe ser superior la indemnización de la víctima lesionada en su integridad personal, puesto que la intensidad de su daño es mayor, no solo en razón del dolor físico sino también de la angustia y la depresión producidas por el hecho. Esto quiere decir que, tratándose de lesiones personales, la indemnización por perjuicios morales tiene plena aplicación”.<sup>30</sup>

A su vez, para definir el daño moral objetivado, el autor citado se vale de la doctrina francesa y la jurisprudencia colombiana, transcribiendo parte de una sentencia que, en lo que interesa, dice lo siguiente:

“Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

“El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva de él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales”.

Más adelante, desarrolla lo concerniente a la naturaleza de los bienes e intereses afectados:

“Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que este pueda tener una

<sup>29</sup> Javier Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*. Tomo IV. De los perjuicios y su indemnización. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. Año 1999. Pág.144.

<sup>30</sup> Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Tomo IV. Pág. 161.

manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por un ataque al sentimiento de afección, y la depresión síquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afecta el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquel, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda la gama de consecuencias del daño moral es perjuicio moral, aunque presente forma objetivada.

“El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado”.<sup>31</sup>

Precisado el concepto de daño moral objetivado y daño moral subjetivo (puro), Tamayo Jaramillo formula una sentencia rotunda al concluir que *“Tal vez ninguna creación jurisprudencial le ha hecho más daño a nuestro ordenamiento jurídico que la clásica distinción entre perjuicios morales subjetivos y morales objetivados. Aparentemente, se trataría de un simple e inofensivo juego de palabras como tantos otros que existen en la literatura jurídica. Sin embargo, esa clasificación ha sido un atentado no sólo contra la economía procesal, sino que ha hecho que muchas veces el demandado se vea abocado a la posibilidad de tener que indemnizar dos veces un mismo perjuicio”*.<sup>32</sup>

Es interesante la cuestión planteada, ya que muchos daños materiales que se reclaman por parte de la víctima pueden tener origen en lo que constituye el daño moral subjetivo (puro). Tal sucede, por vía de ejemplo, cuando la lesión desencadena una depresión que impide al afectado trabajar. En tal caso se exigirá una reparación del daño material (daño emergente y lucro cesante) y una indemnización por daño moral que, en el fondo, no será más que la causa de aquél. De esa manera se indemniza tanto el daño material como la causa que lo provoca, lo cual implica una doble reparación. Desde este punto de vista, parece ser efectivo lo que sostiene el autor citado. De aquí que Tamayo Jaramillo sostenga con énfasis que: *“En nuestro concepto, los llamados perjuicios morales objetivados no son más que los que tradicionalmente hemos denominado perjuicios materiales. En gracia de discusión, podría aceptarse que cuando ese*

<sup>31</sup> El fallo invocado es de 13 diciembre de 1943.

<sup>32</sup> Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Pág. 178.



*perjuicio material o pecuniario se deriva de un perjuicio moral subjetivo, entonces tome la denominación de daño moral objetivado. Pero son absolutamente incompatibles el daño emergente y el lucro cesante de un lado, y el moral objetivado por el otro, frente a una misma víctima y derivados de un mismo hecho. Si se quiere, llámesele daño moral objetivado, pero no se le ponga a concurrir con el material, pues se trata de un mismo concepto bajo denominaciones diferentes, que les excluye".*<sup>33</sup> En verdad, insistimos nosotros, el daño moral sería la causa del daño objetivado, dando lugar a una doble reparación (se indemnizan el daño moral y la causa que lo provoca).

Ramón Daniel Pizarro, en la obra ya citada, intenta un análisis sobre los requisitos o presupuestos del daño moral, manifestando que éstos deben ser *ciertos, personales, derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado, quien debe además, por expreso mandato legal, estar investido de la calidad de damnificado moral* (aludiendo al artículo 1.078 del Código Civil argentino).

Desarrolla cada una de estas exigencias en la siguiente forma.

Sobre la ***certeza del daño***, afirma que concurre este carácter *"cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. La certidumbre del daño se relaciona con las consecuencias que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado* (Se cita una obra de Eduardo Zannoni, autor argentino). Lo anterior no excluye el daño futuro (*"prolongación o agravación de un daño actual, o como nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación"*). Más adelante se afirma que el daño moral de ordinario es casi siempre actual y transitorio, el cual tiende a mitigarse o desaparecer con el correr del tiempo. Sobre este punto cabe advertir que esta característica carece de relevancia, puesto que es posible que el daño se mantenga en el tiempo e, incluso, que se agrave en el futuro, como consecuencia de otras circunstancias concurrentes. De allí que no atribuyamos importancia a esta supuesta temporalidad ni para calificar el daño ni para el cálculo de una eventual indemnización.<sup>34</sup>

Sobre que el ***daño moral debe ser personal***, implica que sólo la persona que sufre el perjuicio –directa o indirectamente– puede demandar el resarcimiento. Lo anterior resulta evidente, ya que el interés afectado, de carácter extrapatrimonial, tiene un cierto titular que es el único legitimado para reclamar la reparación. Destaca el autor que citamos que es directo el perjuicio cuando el

<sup>33</sup> Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Pág. 180.

<sup>34</sup> Hay que dejar constancia que Ramón Daniel Pizarro rechaza la idea de calificar la temporalidad del daño moral, poniendo acento en el hecho de que éste no consiste en el dolor, la pena o la angustia que experimenta la víctima, sino "la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial".

Así se señala en la obra citada. Pág. 128.



titular de interés afectado es la víctima, e indirecto cuando el perjuicio propio deriva de la lesión de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de terceros. Se habla entonces de un daño reflejo o “de rebote”.

Se analiza, enseguida, la exigencia de que el **daño moral debe ser consecuencia de la lesión de un simple interés lícito no patrimonial**. Se anticipa que parte de la doctrina afirma que el daño moral sólo es resarcible cuando media una lesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo. De no admitirse esta exigencia, proliferaría el número de damnificados por el daño moral, al trasmitirse de unos a otros. Así, por vía de ejemplo, a la muerte de una persona podrían deducir demanda su cónyuge, sus hijos, sus padres, sus demás parientes, sus amigos, incluso sus seguidores, tratándose de artistas, dirigentes políticos, corporativos, etcétera. Opera en este esquema la distinción entre **daño jurídico** y **daño de hecho**, siendo resarcible exclusivamente el primero (en este caso al daño causado al cónyuge sobreviviente y los hijos llamados en la legislación chilena preferente y forzosamente a la sucesión del causante).<sup>35</sup>

Finalmente, analizaremos algunas reflexiones de Carmen Domínguez Hidalgo sobre el daño moral. Especial significación tiene, a nuestro juicio, su afirmación en el sentido que el adjetivo “moral” ha sido un factor que perturba una precisión exacta de este perjuicio. Sobre este particular dice: *“Su sola mención evoca un contenido espiritual, inmaterial, incluso ético, que, si bien ha acompañado el nacimiento de este daño como de toda la responsabilidad civil, nada tiene que ver con lo que en definitiva se resarce, actualmente, bajo esa denominación. Ejemplo notorio de esta asimilación es el de la sentencia de nuestra Corte Suprema de 10 agosto 1971, según la cual: daño, según el diccionario de nuestra lengua, es el ‘mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien’; y moral, en una de las acepciones, ‘es conjunto de facultades del espíritu por contraposición a físico’. Luego debe entenderse que el daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales; un dolor o aflicción en sus sentimientos”* (Se cita fallo de la Corte Suprema de 10 de agosto de 1971, Rev. de Der. y Juris., tomo 68 sec. 4º, pág. 168). Agrega la autora citada que *“tal expresión debiera ser abandonada por otras más comprensivas del contenido que en verdad se quiere abarcar, como las del daño extrapatrimonial o no patrimonial. Precisión confirmada además por el hecho de que el empleo de ese adjetivo en los primeros autores galos no tenía por objeto vincular esta clase de perjuicio con el mundo abstracto de las ideas, pensamientos y sentimientos, como a primera vista pudiera creerse. Por el contrario, era el simple recurso al antónimo más evidente del*

<sup>35</sup> El autor de la obra que comentamos –Ramón Daniel Pizarro– opta por una solución más amplia, fundada sí en la legislación argentina y sosteniendo que “es suficiente una lesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el Derecho, esto es, a un simple interés de hecho no ilegítimo”. Obra citada. Pág. 145.

adjetivo 'material' en la lengua francesa".<sup>36</sup> Admitiendo la imprecisión original del término, creemos nosotros que la expresión 'daño moral' conforma en el día de hoy una tendencia o concepción que permite identificar con exactitud este tipo de perjuicio y contraponerlo al perjuicio "material" o "extrapatrimonial", todo lo cual analizaremos más adelante en estas páginas.

Luego de comentar el daño moral derivado del incumplimiento contractual, sintetizando su pensamiento, Carmen Domínguez afirma: **"En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una (parte) que se encontraba obligada a respetarlo"**.<sup>37</sup> Por ende, el daño moral sobreviene como consecuencia de un menoscabo a un bien de determinada naturaleza (no patrimonial), lo cual provoca una fractura a un "interés moral" cuando su autor estaba obligado a respetarlo. Especificando, todavía más, su concepción, Carmen Domínguez alude a la determinación de los bienes cuyo menoscabo irroga la lesión a un interés moral, señalando, sobre este particular, que: *"Bien puede decirse, por tanto, que la relatividad es casi consustancial a la noción de daño moral al encontrarse en estricta dependencia con el nivel de protección jurídica que, en cada época, se estima indispensable otorgarle a la persona. En otros términos, la determinación de los bienes o intereses cuyo atentado se ha de considerar constitutivo de un daño moral corresponderá, en definitiva, a la conciencia social imperante en el momento en que se efectúa esa calificación. Es entonces este último el único parámetro fijo con el que puede contarse en esta materia. Con esta concepción amplia se superan todas aquellas controversias sobre las distinciones entre daño patrimonial y no patrimonial, daño moral y daño no patrimonial, sobre daños morales puros o daños morales con alcance patrimonial. El atentado a lo que constituye la esencia de la persona será siempre un daño moral, sea que alcance a su aspecto psíquico o corporal, o a los derechos de la personalidad. Que de ello se sigan también no pocas veces consecuencias patrimoniales no ha de alterar el concepto, porque un mismo hecho puede producir tanto daños morales como patrimoniales, sin que por eso éstos hayan de considerarse como indirectos de aquellos"*.<sup>38</sup>

La concepción que ofrece la autora citada se funda, como puede constatarse, en la necesidad de superar a la persona misma, más allá de sus bienes y sus intereses económicos. *"Con ello no quiere decirse que no hayan de protegerse éstos (intereses económicos). Ellos están ya considerados en las normas vigentes, por lo que su defensa está ciertamente garantizada, sino que lo que quiere afirmarse es que además cabe una esencial protección a la persona. O mejor todavía, esta última ha de hacerse tanto en lo que a ella pertenece, como son sus bienes e intereses económicos, como en sí misma. Esta tutela ha de traducirse en*

<sup>36</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 78.

<sup>37</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 84.

<sup>38</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 85.

*la recepción de la idea de que el deber de no dañar comprende también el de no afectar a la persona, considerado cabalmente, tanto en su aspecto físico, cuanto en sus sentimientos y atributos –atributos en el sentido más amplio, es decir como derechos de la personalidad–. La persona no es una suma de cuerpo y mente, sino un todo, compuesto de cuerpo, sentimiento, ánimo, intimidad, honor y afectos”. Más adelante, desarrollando todavía más su pensamiento, agrega esta autora que la reparación de los daños morales admite formas diversas que permiten solamente una compensación y no una reposición. Acto seguido, postula que “Por todo lo anterior, estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales. Es decir, la privación de un miembro o una deformación es un daño moral, porque la persona ya no es lo que antes fue. Pero también puede haber por ese hecho un daño patrimonial, cual es la disminución laboral. La reparación de uno no significa la del otro, pues se trata de los ámbitos que no han de mezclarse, si se quiere reparar cabalmente al individuo”.<sup>39</sup>*

Los comentarios que preceden dejan en evidencia que no existe acuerdo sobre el alcance, naturaleza, sentido y proyección del llamado daño moral. Son numerosas las corrientes doctrinarias que se inclinan en uno u otro sentido, sin proporcionar un concepto claro que permita invocar su aplicación sin mayores obstáculos. Por otro lado, no cabe duda que la evaluación del daño moral ofrece un escollo difícil de superar objetivamente, lo cual es reconocido por la mayoría de los autores que se ocupan de esta materia. Sin embargo, a nuestro juicio, es evidente que ello es consecuencia de la dificultad para caracterizar y definir la naturaleza de este tipo de perjuicios. Pocas materias ofrecen comentarios tan disímiles, puesto que ni siquiera es posible concordar cuál es el bien lesionado y de qué manera esta afectación constituye un menoscabo susceptible de compensarse.

Lo anterior se ve magnificado por el hecho de que constituye una tendencia universal el ampliar la cobertura de daños reparables. No son extraños, entonces, planteamientos como los recién transcritos que llaman a reparar toda suerte de daños, cualquiera sea su naturaleza.

No puede dejar de mencionarse que en Chile, a partir de la Constitución de 1980, la persona humana se encuentra ampliamente amparada. Contribuye a ello lo dispuesto en el artículo primero de la Carta Política, que declara que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, agregando, en su inciso tercero, que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es*

<sup>39</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Págs. 82 y 83.

*promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Si la Carta Fundamental pone acento en la "mayor realización espiritual y material posible", resultaría contradictorio negar la reparación de un daño que, como quiera que se caracterice, afecta intereses espirituales. De la misma manera, el artículo 19 del texto constitucional asegura a todas las personas "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona". De ambas disposiciones constitucionales, que deben servir de base para una recta interpretación de las disposiciones civiles que gobiernan la convivencia social, se desprende que todo daño que afecta a la persona en sus intereses espirituales o en su integridad psíquica debe ser objeto de reparación. Desde este punto de vista, la indemnización del daño moral es un imperativo del cual no puede desprenderse el legislador, el juez ni el intérprete. Como se ha sostenido frecuentemente (cuestión que no ofrece en el día de hoy mayor resistencia), las disposiciones legales que regulan esta materia deben aplicarse teniendo en consideración, fundamentalmente, los preceptos constitucionales sobre los cuales descansa la obligatoriedad y validez de las leyes.*

Establecido como queda que el daño moral debe ser reparado, resta por analizar exhaustivamente cuál es su alcance, qué intereses lesiona, de qué manera puede compensarse, quién tiene derecho a exigir el resarcimiento y cómo debe apreciarse y determinarse la indemnización correspondiente.

Para cerrar este comentario, debe insistirse en un hecho que es de fundamental importancia: distinguir **entre el ilícito que provoca el daño moral y los bienes, derechos e intereses que se afectan**. A nuestro juicio, para provocar un daño moral es necesario que se infrinja o atropelle un derecho subjetivo, si tal no sucede, no existe responsabilidad, porque ella sólo procede cuando la víctima ve menoscabado, lesionado o comprometido un interés jurídicamente protegido (un derecho subjetivo). En consecuencia, si el ilícito alcanza intereses que no conforman un derecho subjetivo, no puede hablarse de daño moral, ni siquiera de responsabilidad. Afectado que sea un derecho subjetivo, si la agresión o infracción alcanza la esfera íntima de la persona, portadora de valores extrapatrimoniales, lesionando dichos derechos e intereses, se genera el daño moral que debe repararse. En otros términos, el daño moral aparece como resultado de una secuencia que se inicia con un ilícito que lesiona un derecho subjetivo, seguido de la afectación de la esfera íntima de la persona humana en la cual se depositan los derechos e intereses extrapatrimoniales presuntivamente más preciados. Es más, incluso en la llamada "chance", ampliamente tratada en el derecho francés, siempre hay un derecho comprometido y no un mero interés, aun cuando éste desborde a aquél. Como puede deducirse de los comentarios citados en este capítulo, los autores ponen acento en los bienes menoscabados tratándose de configurar



el daño moral, sin atender suficientemente al acto ilícito que lo genera. Por lo tanto, nos parece esencial abordar esta materia una vez hecha la distinción indicada. Es esta la única manera de despejar las muchas sombras doctrinarias que proyecta esta cuestión.

No es fácil acometer una tarea de esta envergadura, tanto más si se tiene en cuenta que existe un cúmulo de información y de opiniones contradictorias, lo cual dificulta la posibilidad de lograr una respuesta aceptable.

En las páginas siguientes intentaremos dar un concepto de daño moral y, a partir del mismo, estructurar el estatuto jurídico aplicable a este tipo especial de responsabilidad.

### III. Daño moral. Concepto y definición

#### A. Patrimonio y bienes espirituales

Comencemos por reconocer que el hombre es un ser dotado de bienes materiales y espirituales. El sistema jurídico, al menos hasta este momento, ha regulado preferentemente la protección y destino de los primeros. Recién, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, nace una auténtica preocupación por los segundos, lo cual ha revolucionado algunas ramas del derecho. Basta, para comprobarlo, poner atención en lo ocurrido en el campo de los derechos esenciales de la persona humana, que, conforme a nuestra Constitución (artículo 5°), constituyen una limitación, ni más ni menos, al ejercicio de la soberanía; y lo ocurrido en el campo de la protección del medio ambiente –derecho a vivir en un medio no contaminado–, que conforma en el día de hoy una de las ramas más dinámicas y extendidas de las ciencias jurídicas.

Por consiguiente, puede una lesión afectar ambos tipos de bienes o cualquiera de ellos separadamente.

La preocupación por los bienes espirituales se manifestó originalmente en el ámbito del derecho a propósito del llamado *pretium doloris* (precio del dolor), extendiéndose posteriormente a otras manifestaciones de afectación de derechos de la personalidad. Asimismo, se optó por medir estas lesiones –que diferían rotundamente de las que comprometían bienes materiales– con los elementos y parámetros que servían para juzgar el menoscabo de bienes patrimoniales. Así las cosas, la teoría jurídica se autolimitó, al ceñirse a conceptos y doctrinas tradicionales (responsabilidad contractual y extracontractual).

De aquí que, a esta altura de las cosas, sea difícil reformular una teoría sobre el daño moral o daño inferido a los bienes espirituales (en su sentido más amplio)

de que es titular todo ser humano. Perdura, casi inconscientemente, en cada comentarista, la necesidad de volver a los principios generales relativos a la responsabilidad civil patrimonial.

## B. Definición del daño moral y obstáculos para su determinación

Creemos indispensable esforzarse en conceptualizar el daño moral y proponer una definición que contenga los elementos esenciales que lo caracterizan. Tanto más importante resulta este desafío si se tiene en cuenta la multiplicidad de opiniones que ha suscitado esta cuestión en la doctrina jurídica.

Los autores, por lo general, son reacios a definir el daño moral, probablemente por las implicancias que ello tiene para una correcta concepción del mismo. Entre los autores que sobrepasan esta dificultad, podemos citar a Marcelo Barrientos Zamorano, quien se refiere a esta materia en los siguientes términos:

*"Hoy la definición más aceptada es la que señala que el daño moral sería el no patrimonial o extrapatrimonial. Así el daño moral es perfectamente definible como 'la contravención de los derechos extrapatrimoniales de una persona, el daño patrimonial como el detrimento de derechos de orden económico de las personas por un tercero'. Comprende la lesión a alguno de los llamados bienes de la personalidad, objeto primordial del Derecho, de características incorporables".<sup>40</sup>*

El daño moral, a nuestro juicio, es **una lesión a los sentimientos más íntimos de la persona humana, provocada por un hecho antijurídico que menoscaba un interés reconocido o derecho extrapatrimonial de que se es titular, sea que se haya o no producido un daño material.**

La definición propuesta, se basa en la existencia de una **esfera interior** en la cual se funden valores y preferencias que todo individuo estima poseer (amistad, amor, honor, honradez, autoestima, lealtad, fidelidad, etcétera). Lo que caracteriza el daño moral es el detrimento o pérdida de estos valores como consecuencia de un hecho contrario a derecho (injusto jurídico). El daño moral sobreviene porque el hecho antijurídico de que se es víctima, tiene una fuerza, virulencia y aptitud capaz de invadir aquella esfera interior, lo cual sólo puede medirse conforme los estándares predominantes, puesto que no toda persona humana tiene idéntico nivel de sensibilidad. Esta última (la sensibilidad), es la que determina la resistencia o debilidad que acusa aquella esfera interior frente a la agresión de que es objeto. Puede el daño moral, a su vez, afectar los bienes materiales (pérdida de la capacidad laboral, desinterés económico, ausencia de impulso emprendedor, etcétera), pero ello no implica confundir los planos en que se produce el detrimento o pérdida.

<sup>40</sup> Marcelo Barrientos Zamorano. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Ediciones Ratio Legis. Salamanca, 2007. Pag. 42.



Creemos nosotros que no puede ponerse en duda la existencia de dos ámbitos distintos (material y espiritual) en la constitución y naturaleza del ser humano. Lo anterior no ha sido suficientemente considerado por el hecho de que entre lo material y lo espiritual hay un continuo acondicionamiento e influencia recíproca. Es muy difícil concebir situaciones en que predomine absolutamente uno u otro, pero ello no significa desconocer sus diferencias, la esencia de los bienes comprometidos y la posibilidad de que sobrevengan lesiones en uno y otro campo. Incluso más, uno de los problemas más difíciles de resolver es la unificación del régimen de resarcimiento de bienes de distinta índole (patrimoniales y extrapatrimoniales). Sobre este punto han girado las mayores controversias doctrinarias que suscita el daño moral. Los autores, desde siempre, se preguntan cómo puede repararse un daño extrapatrimonial (lesión de un bien espiritual), mediante el pago de una indemnización patrimonial. Ello equivale a "comprar el sufrimiento", lo cual no sólo resulta absurdo, sino, en cierta medida, repugnante. Ha faltado, en consecuencia, si se aspiraba a buscar alguna forma de compensación del daño moral, una normativa especial, distinta de aquella que regula la reparación del daño patrimonial. Su ausencia ha obligado a los juristas a buscar soluciones que, por cierto, no podían hallarse en una órbita distinta de aquella sobre la cual gira la reparación del daño material. De aquí nacen precisamente las numerosas corrientes que se resumen en la primera parte de este trabajo.

Los esfuerzos realizados no han sido pocos. A tal punto se ha debido llegar que, incluso, hasta se postula dar a esta indemnización un alcance diverso de lo propiamente reparativo (esencia de la indemnización de perjuicios), atribuyéndole un carácter "satisfactivo", vale decir, dando a la indemnización un objeto diametralmente distinto de lo que conforma su razón de ser. Para justificar esta posición se habla derechamente de proporcionar a la víctima "otros" beneficios y satisfacciones –absolutamente ajenos al daño causado– como una manera de mitigar un perjuicio que no puede suplirse o compensarse con dinero. Sin exagerar, creemos que, de esta manera, la indemnización deja de ser tal, constituyendo un beneficio cuya causa se remonta a la lesión de valores imposibles de medir económicamente. En otras palabras, la solución atraviesa por el desconocimiento y negación de lo que constituye la indemnización de perjuicios y su fin único, reparar el daño y obtener el acatamiento del mandato jurídico por medio de un cumplimiento por equivalencia.

Fernando Fueyo Laneri se refiere a la evolución experimentada en esta materia en los siguientes términos:

*"Durante largo tiempo los Códigos decimonónicos ignoraron los daños de esta especie (se refiere a los daños extrapatrimoniales o morales que se han causado con motivo de la agresión a la persona o a un bien o derecho de la personalidad o a un bien o derecho de familia propiamente tal). Buena parte de la doctrina, también.*

“A esta última le causaba gran impresión y efecto la circunstancia de ser más difícil la **evaluación del daño extrapatrimonial o moral**, acaso de imposible regulación en dinero, según ellos.

“Posteriormente se sostuvo que aun a pesar de ausencia de norma expresa sobre daño moral en tales Códigos, los principios generales que consagraban tanto el daño pecuniario como el moral **se encontraban en todos los Códigos** cuando éstos atienden al género de actos ilícitos, generalmente en el lugar destinado a la responsabilidad extracontractual.

“En el Código Civil francés es el art. 1382. A este respecto dijo Roger Nerson: **‘el derecho francés cuenta con un principio general de responsabilidad contenido en el art. 1382 del Código Civil.**

“**La doctrina y la jurisprudencia** evolucionaron hace muchos años y a este respecto han sostenido que en el silencio de la ley por vía de literalidad debe entenderse que ambas formas de daño merecen reparación. En síntesis, ante la existencia de bienes y derechos extrapatrimoniales, que están jurídicamente protegidos, la agresión a los mismos en grado de imputabilidad da lugar a la reparación del daño extrapatrimonial o moral.

“Es del caso advertir que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en dicha época intermedia, estuvieron indecisas o vacilantes en cuanto a por lo menos una docena de problemas que se presentan en el tema. Especialmente en cuanto a la extensión que debe asignarse al daño de esta especie según la fuente de que procede: ¿precontractual?, ¿contractual?, ¿o sólo extracontractual, la más fácil de decidir y acoger?”.<sup>41</sup>

Continúa el autor citado, describiendo de qué manera los códigos civiles comienzan a introducir la reparación del daño moral y las principales restricciones que se incorporaron a esta regulación. Tal ocurrió, por vía de ejemplo, cuando el daño moral se limitó a los delitos penados por la ley y sólo en tal caso, destacando que la doctrina optó por un criterio restrictivo.

Refiriéndose a estas limitaciones, escribe al respecto:

“**También fijó limitaciones la doctrina** muy difundida –hasta nuestros días– que afirma que la razón de ser de la reparación es el ‘*doloris pretium*’, o precio del dolor, o ‘dinero del llanto’ según expresión de los alemanes. Nada más disparatado. **El dolor o las lágrimas pueden ser mayores o menores y pueden faltar absolutamente, según la sensibilidad y carácter del ofendido.** La existencia de esta clase de daño y la medición

<sup>41</sup> Fernando Fueyo Laneri. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1990. Pág. 31.

o cuantificación del mismo no podría jamás supeditarse al factor dolor o lágrimas. Además, las personas jurídicas no podrían ser víctimas de este daño por no sentir dolor ni llorar, ¡y vaya que tienen derechos extrapatrimoniales que proteger!".<sup>42</sup>

El profesor Fueyo concluye sus observaciones describiendo su propia tesis sobre esta materia. Dice a este respecto:

"Mi tesis ha sido y sigue siendo la de la **aplicación extensiva**, cualquiera que sea la fuente de donde nace el daño extrapatrimonial o moral: **pre-contractual, contractual o extracontractual**.

"Lo fundamental, además, es que la agresión haya afectado a la persona misma a alguno o a uno o más bienes o derechos extrapatrimoniales. Lo he venido sosteniendo repetidamente y parece ser que la tesis cobra adeptos, habiendo empezado con el apoyo de abiertas minorías".<sup>43</sup>

Como puede observarse, las opiniones transcritas coinciden con la enunciación de algunos de los planteamientos que se recogen en el capítulo primero de este trabajo. Se concibe el daño moral como aquel de que es víctima la persona misma en sus bienes no patrimoniales o extrapatrimoniales.

Cabe destacar que el profesor Fueyo pone énfasis en el hecho de que el daño moral "*merece reparación*", lo que se presenta como una especie de imperativo ético. A este respecto, no cabe discusión. Sin embargo, la cuestión radica en la forma en que esta reparación debe regularse en el campo del derecho, y en la circunstancia de que las categorías jurídicas conocidas para estos efectos están concebidas sobre bases y fines distintos: **la reparación del daño patrimonial**. Para ampliar el restringido campo en que se desenvuelven estas proposiciones se citan los "principios generales" contenidos en todos los códigos y se propone una aplicación extensiva de los mismos, cualquiera que sea la fuente de la cual nace el daño extrapatrimonial o moral, así sea precontractual, contractual o extracontractual. Creemos que lo anterior no basta. Insistimos que las categorías invocadas se asientan en fundamentos diferentes, concebidos para otro tipo de responsabilidad. De suerte que el problema surge ante la exigencia de incorporar forzosamente a la responsabilidad civil regulada en nuestro derecho, una hipótesis (lesión a un bien extrapatrimonial) diferente y contradictoria con su propia naturaleza. Ciertamente es que la pragmática jurídica (mal expresada en una jurisprudencia irregular) ha buscado diversas fórmulas para satisfacer el imperativo ético que nos recuerda el profesor Fueyo, dejando en evidencia que, en el fondo, se trata de una cuestión de ***lege ferenda y no***

<sup>42</sup> Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 31.

<sup>43</sup> Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 32.

**de lege lata.** Indudablemente el aporte de este y otros autores debe valorizarse en la medida que ha contribuido a llenar un vacío que golpea cada día con más fuerza la conciencia jurídica.

### C. Elementos contenidos en la definición propuesta y sus alcances

A partir de la definición propuesta, es posible determinar cuáles son los elementos que integran nuestra concepción del daño moral. Trataremos separadamente cada uno de ellos, a saber:

C.1. El daño moral sólo puede sufrirlo la persona humana.

C.2. La lesión afecta la "esfera de sentimientos más íntimos del dañado".

C.3. El daño debe provenir causalmente de un hecho antijurídico (contrario formal o materialmente a derecho), que debe consistir en la lesión a un derecho subjetivo de la víctima.

C.4. El daño moral supone el menoscabo o pérdida de un interés reconocido o derecho extrapatrimonial de que se es titular.

C.5. Puede concurrir en una misma situación, conjunta o separadamente, el daño material y el daño moral, atendida la entidad y profundidad de la lesión.

#### *C.1. El daño moral sólo puede sufrirlo la persona humana*

Este elemento resulta de la concepción propuesta, en orden a que el daño moral implica una lesión a los sentimientos más íntimos de una persona. Vale decir, se trata de un menoscabo a aquella esfera espiritual de que están dotados sólo los seres racionales. Como es obvio, esta afirmación suscita debate, al excluirse del daño moral a las personas ficticias o personas jurídicas que, como es obvio, carecen de sentimientos o de una esfera integrada por valores extrapatrimoniales.

Se dirá que la persona jurídica tiene "prestigio", "nombre", "tradicción", "clientela", "imagen", "posición" en la sociedad, etcétera. Todo ello es evidente y verdadero. Sin embargo, no se ha reparado, creemos nosotros, en que todo aquello queda comprendido y forma parte de su patrimonio (en sentido económico). Cualquier daño a la marca con que gira la persona jurídica (nombre), a su prestigio (trayectoria histórica), a su tradición (confiabilidad adquirida a través del tiempo), a su clientela (grupos capturados en virtud de los atributos que se le asignan), a su "imagen" (proyección en el ámbito social), a su "posición" (ubicación en el medio en que se desenvuelve), etcétera, implicaría un atentado

a un bien patrimonial o material, perfectamente susceptible de evaluarse en dinero. Es más, por vía de ejemplo, cualquier transacción comercial que implique la transferencia total o parcial de una persona jurídica (particularmente aquellas que persiguen fines de lucro), valoriza los bienes mencionados por el solo hecho de formar parte de su patrimonio y por las repercusiones económicas que se siguen de la afectación de aquellos bienes.

Por lo tanto, no excluimos en absoluto la reparación del daño que puede provocarse a los bienes antes mencionados (citados como ejemplos típicos de un supuesto daño moral), pero no como reparación de daño extrapatrimonial, sino como reparación de daño netamente patrimonial. Nuestra discrepancia, por ende, apunta a la naturaleza del bien afectado y a la incapacidad de la persona ficticia como consecuencia de carecer de aquella esfera íntima que justifica la existencia del daño moral.<sup>44</sup>

Tan evidente es lo que decimos que no es infrecuente que se den a conocer rankings internacionales sobre el valor de una marca o el prestigio de una empresa o un proveedor, todo lo cual forma parte del escenario en que se desarrolla la competencia en el mercado. ¿Cabe en este contexto hablar de daño moral? Por otra parte, tampoco puede desdeñarse el hecho de que, al afectarse algunos de los bienes patrimoniales de una persona ficticia, se lesione la esfera íntima de las personas naturales ligadas a ella (socios o miembros) y, en ese marco, provocarse un daño moral. Tal sucederá en el evento de que el fundador de una empresa, por ejemplo, sufra la lesión de sus sentimientos más íntimos, como consecuencia de hostigamientos, acusaciones calumniosas o manifestaciones destinadas a desacreditar a la persona jurídica a que se encuentra ligado.

Los autores nacionales han tratado este punto con rigor. Así, Carmen Domínguez, en un párrafo muy esclarecido, escribe al respecto:

<sup>44</sup> Conviene recordar que admitiendo que la persona jurídica podía experimentar daño moral, sostuvimos en nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile, Año 2004) que "En lo que concierne a la persona jurídica, la cuestión no difiere. Ella puede sufrir un daño moral, pero éste, atendida su especial naturaleza, sólo afectará las proyecciones y las expectativas que legítimamente puedan asistirle en un momento determinado. La violación de uno de sus derechos puede proyectarse más allá del interés lesionado y afectar su prestigio, sus tradiciones comerciales, su fama, etcétera. Es cierto que ella no tiene sentimientos y emociones, pero sí tiene un activo moral que su representante debe resguardar. El daño moral, por lo tanto, alcanza los valores que no contravienen sus particulares rasgos derivados de la calidad ficticia que la identifica. De aquí que no existe inconveniente alguno en admitir que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un daño moral indemnizable" (Pág. 310). Lo anterior nos ha llevado a la conclusión de que aquello que parece representar un daño extrapatrimonial, en verdad se traduce en un daño material, puesto que el prestigio, la tradición comercial, la fama, el nombre, la trayectoria histórica de una persona jurídica, se manifiesta en consecuencias susceptibles de tasarse patrimonialmente. Por otra parte, debemos reconocer que si el daño moral implica una lesión a la esfera íntima de la personalidad del afectado, ello no parece posible proyectarlo a una persona ficticia. Lo que señalamos no reviste importancia práctica de ninguna naturaleza, el resultado será el mismo, se trata, entonces, de una cuestión meramente doctrinaria.



*"La posibilidad que una persona jurídica sea titular de una acción por reparación del daño moral ha sido discutida en la doctrina y las respuestas que ofrece sobre el punto el Derecho comparado son dispares.*

*"Todo depende, en el fondo, de la concepción que se tenga sobre lo que es el daño moral. Desde luego, si la noción de este derecho se reduce a la lesión a sentimientos de afección o al **pretium doloris**, idea que no ha estado ausente de algunas doctrinas, es claro que jamás una persona jurídica podía pretender la legitimación activa para tales daños. Pero aun si la concepción es más amplia al abarcar los atentados a los derechos de la personalidad, la unanimidad tampoco es total, aunque resulte más claro que las personas jurídicas tengan algunos atributos que puedan asemejarse a los de las personas naturales. No todos están por reconocerle algunos de sus atributos esenciales, cuya lesión puede dar lugar a reparación fuera de toda consideración económica. De nuevo, aun bajo una concepción amplia de tales atributos, el problema reside en la idea que se tenga del daño moral, pues si se pretende hacer de él un concepto subjetivo, en el cual la persona lesionada reciba reparación en cuanto tenga conciencia de la pérdida o alteración sufrida, es evidente que la persona jurídica no podrá ser titular de acción por daño moral, porque jamás podrá tener conciencia de la lesión soportada, desde que es un ente ficticio, o al menos una realidad del mundo de la abstracción". Como puede observarse, el problema vuelve a su cauce original, desde el momento en que la procedencia del daño moral, tratándose de personas jurídicas, queda circunscrita al concepto que se tenga sobre los bienes lesionados. Agrega Carmen Domínguez, sobre este punto, que debemos recordar que "bajo tal supuesto tampoco podrían ser titulares de acción por daño moral personas naturales que, sea por su escasa edad, sea por daño de conciencia que experimentan luego de lesiones, tampoco tienen aquel sentimiento de pérdida que sería propio del daño moral en aquella concepción. Por otro lado, si la noción de daño moral tiene un carácter objetivo, en particular en cuanto a que cuando consiste en la lesión a atributos de la personalidad, estos son propios de la idea misma de persona y su lesión es independiente del sentimiento que puede experimentar la víctima, ya que lo que se protege es la persona misma y no su particular percepción del daño, entonces queda levantada la principal objeción que pudiera hacerse a la posible acción de la persona jurídica por daño moral".<sup>45</sup>*

Es indudable, ateniéndonos a nuestra concepción sobre el daño moral, que él no puede recaer en aquellas personas incapaces, por cualquier circunstancia, de experimentar una lesión en sus sentimientos más íntimos. Pero la indemnización de perjuicios, en tal caso, se extenderá a todos los daños que sean consecuencia del hecho que, incluso, hayan privado de conciencia al afectado. Esta privación es un daño manifiesto, probablemente el más grave y, por lo mismo, suscep-

<sup>45</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo II. Pág. 719.



tible de mediarse patrimonialmente. Lo propio ocurrirá con las personas de escasa edad que carecen de sensibilidad por adolecer de suficiente desarrollo físico y síquico. En todos estos casos no sufrirá la víctima una afectación de sus sentimientos, pero sí la privación de derechos esenciales que pueden evaluarse patrimonialmente. Lo que no puede ocurrir, a pretexto de favorecerse a la víctima (lo que parece justo), es aceptarse un tipo de daño que no concurre. Vuelve a quedar en evidencia que esta problemática está influida por el hecho de calificar el daño moral conforme las reglas generales del daño patrimonial contemplado en nuestros códigos. Se trabaja, entonces, presionando conceptos que difieren sustancialmente de aquello que se trata de resolver.

Ramón Daniel Pizarro (citado en el primer capítulo de este trabajo) comparte sustancialmente el juicio de Carmen Domínguez, expresando sobre este punto lo siguiente:

“Una de las cuestiones más debatidas, tanto en nuestro país como en el Derecho comparado, es la relativa a la legitimación activa de las personas jurídicas por daño moral.

“¿Goza la persona jurídica de intereses no patrimoniales susceptibles de ser lesionados? ¿Puede generar dicha minoración un daño moral?

“Las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales no son caprichosas y obedecen, por el contrario, a puntos de partida diferentes, particularmente en lo referido a la cuestión conceptual”.<sup>46</sup>

Acto seguido, se analizan las distintas doctrinas que se han formulado sobre esta materia: la doctrina que no admite la legitimación activa por daño moral de las personas jurídicas; la doctrina que admite con amplitud la legitimación activa por daño moral de las personas jurídicas; la doctrina que admite la reparación del daño moral causado a las personas jurídicas sin fines de lucro; la doctrina de la Corte Suprema argentina en el caso denominado “Kasdorf S.A.”.

Conviene transcribir parte del fallo aludido, puesto que aclara la posición que hemos sustentado. Dijo la Corte Suprema argentina que “...No cabe una reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad (art. 35 Código Civil y art. 2° Ley 19.550), y que su finalidad propia es la obtención de ganancias (art. 1°, ley citada), todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de intereses que no son susceptibles de sufrir padecimientos

<sup>46</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 257.

*espirituales*".<sup>47</sup> Este fallo mueve al autor que citamos a señalar que comparte la doctrina de la Corte cuando niega la legitimación activa a la persona jurídica para reclamar reparación del daño moral. Sin embargo, piensa en la afectación de atributos como el nombre y el prestigio, los cuales tienen aptitud necesaria para ser objeto de una indemnización. Insistimos, por nuestra parte, que dichos bienes tienen carácter material y una clara connotación de orden patrimonial.

La obra mencionada contiene además una síntesis de las doctrinas relativas a la procedencia del daño moral tratándose de personas sin discernimiento de un estado de vida vegetativa. Enunciando la doctrina que niega legitimación activa en tales casos, a la cual atribuye **inlujo** minoritario, señala que los menores de corta edad, las personas que no tienen posibilidad de sentir por causas patológicas o por un insuficiente desarrollo mental, estarían privadas de capacidad para experimentar daño moral y, por lo tanto, ser titular de una acción resarcitoria. Citando a otro autor se pregunta: ¿Cómo se puede hablar del sufrimiento íntimo de un imbécil o de un idiota en virtud del homicidio de un pariente próximo? ¿Cómo justificar el resarcimiento del daño espiritual a quien carece de comprensión suficiente para calibrar la entidad del agravio? ¿Cómo reparar el dolor, la pena, el sufrimiento moral de quien, por distintas razones, no puede sentirlo? Ante este panorama sólo cabe remitirse a una cuestión de hecho, determinante en razón de las circunstancias. Advierte el autor que comentamos que algunos afirman estas ideas de manera absoluta. Otros, sin embargo, muestran criterios moderados, aplicándolas sólo a los supuestos en los cuales el damnificado se encuentra imposibilitado de sentir de manera absoluta (personas descerebradas, en estado vegetativo, carentes de toda expresión sensible). Creemos que todas estas concepciones responden a la adhesión que el comentarista profesa a una de las diversas doctrinas formuladas respecto de la naturaleza del daño moral. Por lo mismo, resulta innecesario ahondar en el tema.

Quizás sea Fernando Fueyo Laneri quien con más énfasis sostiene la procedencia de reparación del daño moral en favor de las personas jurídicas. Sobre este tema escribe lo siguiente:

"Sostengo la posición afirmativa y, por lo mismo, admito que las personas jurídicas están legitimadas activamente para reclamar la indemnización de los daños morales que se les causan. Esta es, desde luego, la doctrina que hoy se admite pacíficamente por todos, aunque sea del caso admitir que no hace muchos decenios las opiniones estaban divididas y había ardientes sostenedores de la solución negativa, tanto en la doctrina como la jurisprudencia. Ayudó grandemente la visión clara respecto de los derechos extrapatrimoniales en el seno de las personas colectivas, con personalidad propia, diversa de la de sus miembros.

<sup>47</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 268.

“En primer lugar, no sería razón suficiente para sostener lo contrario que dichos entes, por carecer de naturaleza humana, sólo podrían experimentar **algunas** formas especiales de daño extrapatrimonial. Se da por descontado que a nadie se le ocurriría que estamos frente a una carrera por la extensión o por el número de hipótesis. Basta que sean posibles las agresiones a ciertos derechos de la personalidad, como el honor, la reputación, el crédito y la confianza comerciales, etc. **El bien jurídico protegido existe y la agresión al mismo, además de ser posible, es frecuente en la vida real. Eso basta**”.<sup>48</sup>

Observamos, nuevamente, lo que estimamos constituye una contradicción. En efecto, aquello que se presenta como derechos de la personalidad, tratándose de personas jurídicas, sea que persigan o no persigan fines de lucro, son bienes de carácter patrimonial, susceptibles de evaluarse en dinero y, por ende, procede su resarcimiento en el supuesto de un atentado que los destruya o menoscabe. Tal ocurre, por vía de ejemplo, como se dijo, tratándose de la marca o razón social de una empresa, de su prestigio comercial y financiero, de su tradición en el mercado, etcétera. La indemnización, en este caso, no corresponde a un daño moral, sino, únicamente, a un daño patrimonial.

El profesor Fueyo agrega, a las observaciones ya transcritas, otras razones para sostener su posición:

“Tampoco es razón suficiente que estos entes despersonalizados no sean capaces de experimentar **dolor**, sufrimiento, padecimiento de ánimo, ni sean capaces de derramar lágrimas, etc., que es el miraje del daño moral por el ángulo de las consecuencias sentimentales que suelen producirse; posición feble, acientífica, que muchos rechazamos, por mi parte desde antiguo, en este trabajo con especial insistencia. Justamente la tesis del **‘doloris pretium’** se impugna, entre otras razones, porque no es capaz de coadyuvar a la protección de intereses del más alto valor cuando de personas colectivas se trata.

“Haciendo excepción a mi propósito ya declarado de preferir, aquí, las posiciones afirmativas, reiteraré que la doctrina estaba dividida en cuanto al daño moral sufrido por personas jurídicas, pues mientras algunos –tal vez la mayoría– lo admitían, como Barassi, Ravazzoni, Gómez de Orbaneja, etc., otros lo rechazaban, entre ellos Scognamiglio y Rovelli, dos figuras señeras del derecho italiano”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 119.

<sup>49</sup> Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 120.

De los breves textos comentados, inferimos, una vez más, dos cosas que nos parecen esenciales. La primera, consiste en la exclusión de las personas jurídicas como sujetos pasivos de un daño moral, atendida su naturaleza, su existencia ficticia y la función que les asigna el derecho en la vida social. La segunda, radica en la constatación que la lesión de los bienes que justificarían una indemnización, tales como el valor de la marca, el prestigio, la clientela, la tradición en el mercado, etcétera, no tienen carácter moral, sino material, y puede, por lo mismo, ser evaluada en dinero sin incurrir en errores de ninguna naturaleza. Así las cosas, el problema pierde trascendencia, puesto que la solución final es la misma: el resarcimiento del daño sufrido.

En síntesis, a nuestro juicio, el daño moral sólo pueden experimentarlo las personas naturales, puesto que los bienes afectados, de carácter espiritual, no son más que una expresión de la naturaleza racional del hombre y suponen siempre una conciencia viva y alerta a las vicisitudes de la existencia. Todos los esfuerzos que se hagan para extender el resarcimiento de daños injustos a entes que, como las personas jurídicas, carecen de sensibilidad, sobrepasan el marco en que debe calcularse toda indemnización de perjuicios. Claro está que las disputas sobre esta materia, como se advirtió en lo precedente, se justifican porque no existe consenso respecto de lo que es efectivamente el daño moral. De aquí las diferencias que se advierten entre los autores.

### *C.2. La lesión afecta la "esfera" de los sentimientos más íntimos del dañado*

Lo que a nuestro juicio caracteriza de manera más radical el "daño moral" es la afectación de lo que hemos denominado "esfera de los sentimientos más íntimos" de la persona humana. Lo que indicamos parte de un supuesto básico: el hombre tiene en la vida dos fines fundamentales, que se complementan y autocondicionan y que operan en ámbitos distintos de nuestra personalidad.

El primer supuesto está constituido por **los móviles patrimoniales**, aquellos que, desde su más remoto origen, le permitieron subsistir frente a una naturaleza casi siempre hostil (cazador recolector). A lo largo del tiempo, lo que comenzó siendo una exigencia para la subsistencia natural de la especie, termina transformada en sofisticadas actividades económicas en que intervienen creaciones y elementos cada día más complejos (mercado, vínculo laboral, relación productiva, canales de distribución de bienes, asistencia estatal, etcétera). Dígase lo que se quiera, pero lo cierto es que estos fines patrimoniales (que algunos denominan despreciativamente "afán de lucro") forman parte de la naturaleza humana, explican la subsistencia del hombre en la Tierra y están relacionados con su historia y su desarrollo. Todas las tentativas por extirpar o atenuar las ambiciones patrimoniales de los seres racionales han fracasado en forma estrepitosa, precisamente porque ellas están vinculadas a la subsistencia y conservación de la existencia desde nuestra aparición en el planeta. Piénsese

en las ideologías totalitarias, relevantes en el siglo XX, que postulaban la formación de un "hombre nuevo" ajeno al lucro, al interés personal y al egoísmo individualista, y su colapso al cabo de apenas 70 años.

El segundo supuesto, por su parte, está representado por la **preservación de sentimientos y valores** a los cuales mayor estimación atribuimos en nuestra existencia, y que se sitúan en el área más íntima del ser. El amor, la dignidad, la autoestima, la amistad, la honestidad, la seguridad, la integridad y conservación de las facultades y aptitudes físicas e intelectuales, la continuidad y apoyo a nuestros ascendientes y descendientes, etcétera.

Es evidente que muchas de las funciones lucrativas, en pos de conseguir mayores beneficios patrimoniales, resultan condicionadas por la preeminencia de los sentimientos y valores indicados. Así, por ejemplo, renunciaremos a enriquecernos si para conseguirlo debemos sacrificar la honestidad o la dignidad; a la inversa, el amor y destino de nuestra ascendencia o descendencia será un fuerte estímulo para la consecución de beneficios y objetivos patrimoniales.

Se trata, entonces, de campos diversos, que están integrados por elementos de distinta naturaleza que se miden, también, por parámetros de muy diferente índole. Sin embargo, ambas áreas son interdependientes, puesto que se condicionan recíprocamente en términos que cada una ellas está determinada por la otra.

De aquí nace, creemos nosotros, el problema de fondo que plantea este tema, porque si bien es cierto que puede sobrevenir una lesión en uno y otro ámbito en forma separada o en ambos simultáneamente, nunca se tratará de compartimentos estancos que puedan independizarse absolutamente. La lesión patrimonial puede evaluarse y compensarse en dinero, pero no sucede lo mismo con la lesión extrapatrimonial, porque los sentimientos y valores no pueden razonablemente tasarse patrimonialmente, salvo en la medida en que el daño extrapatrimonial desencadene una consecuencia patrimonial.

El llamado "daño moral" se produce cuando la lesión de que es víctima la persona humana alcanza aquella esfera que cubre los sentimientos y valores indicados, menoscabándolos o destruyéndolos. Por consiguiente, el daño moral tiene como antecedente una **lesión invasiva** que alcanza lo más íntimo y profundo de la persona humana, provocando una conmoción interior que trastorna su existencia normal. En consecuencia, el daño moral tiene identidad propia y no proviene ni es consecuencia del daño patrimonial (aun cuando exista daño patrimonial por repercusión del daño moral y a la inversa, según se señaló).



La posibilidad de alcanzar aquella esfera íntima de los sentimientos, como es obvio, dependerá de la naturaleza de la agresión y el nivel de sensibilidad del afectado, ya que no todos reaccionan de la misma manera ante este tipo de lesiones. Igualmente, algunos valores y sentimientos serán más caros para el afectado, en tanto otros, más benignos. Atendido el hecho de que nada de ello es susceptible de acreditarse objetivamente por los medios de prueba legales, fuerza reconocer la necesidad de admitir **estándares generales** que sirvan para medir la gravedad de la lesión, y permitan dimensionar la extensión y profundidad del daño, en función, creemos nosotros, de la entidad del interés o derechos afectados. A este respecto hemos afirmado en otros trabajos que el daño moral es siempre **presuntivo**, porque no existe manera de acreditarlo y de medirlo con certeza absoluta, y porque afecta la subjetividad del individuo. Pueden acreditarse las consecuencias sociales del daño moral, como el decaimiento, el desinterés por el ejercicio de las actividades normales, la pérdida de la capacidad laboral, los trastornos psíquicos, los temores, los complejos, las angustias, etcétera. A partir de estos efectos es posible, como veremos más adelante, formarse una idea sobre de qué manera repercute este daño no sólo en el patrimonio, sino en la vida integral del dañado.

Al tratar de la existencia de daño moral en el incumplimiento contractual, dando las razones que demuestran la procedencia de la indemnización de perjuicios en esta área del derecho, definimos el daño moral diciendo que consistía en **“todo menoscabo a los sentimientos íntimos de la persona (intereses extrapatrimoniales) que repercute fatalmente en su personalidad, su capacidad productiva y estabilidad emocional”**.<sup>50</sup> Además, planteamos en nuestro trabajo la necesidad de dar un tratamiento diferente al daño moral en materia extracontractual y en materia contractual, atendiendo al sentido y alcance de las disposiciones que gobiernan uno y otro tipo de estatuto, sobre todo lo cual volveremos más adelante.

Si admitimos que efectivamente existen dos compartimentos en el ser humano –como creemos queda demostrado en lo precedente– uno **material** compuesto por bienes evaluables en dinero (patrimoniales), y otro **espiritual** compuesto por íntimos sentimientos no susceptibles de tasarse en dinero (extrapatrimoniales), resulta forzoso concluir que el daño moral se genera al invadirse el segundo compartimento (esfera de sentimientos íntimos del sujeto) y lesionar los bienes de que está compuesto.

Al tratar del carácter personalísimo del daño moral, Jorge Mosset Iturraspe expresa lo que sigue:

<sup>50</sup> A esta materia nos referimos latamente en el libro *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Páginas 237 y ss.

“Lo primero que salta a la vista es el carácter personalísimo o inherente a la persona que reviste el daño moral, y por ende la acción tendiente a la percepción de la indemnización.

“Es inconcebible su ejercicio independientemente de la persona humana a favor de quien está instituido. Y es así porque priman en él los aspectos extrapatrimoniales, dado que, según vimos al exponer la noción, se trata de una alteración en los estados del espíritu.

“El único que puede accionar o no accionar en reclamo de la reparación es quien lo sufre, la víctima. La acción, cuando la víctima nada ha reclamado en vida, no pasa a los herederos –quienes en consecuencia no están autorizados a iniciarla **iure hereditatis**”.<sup>51</sup>

Concordamos con este autor que tiene el mérito de reconocer derechamente que el daño moral está ligado indisolublemente a la persona humana, y que es ella la única que puede experimentar esta lesión.

Por lo tanto, podemos concluir que el daño moral se hallará presente siempre que la lesión de que es objeto la víctima sea de tal entidad que penetre la esfera de los sentimientos más íntimos de la persona humana, menoscabando o destruyendo los bienes que la conforman, ninguno de los cuales tiene identidad patrimonial, sin perjuicio de repercutir en ese ámbito, provocando efectos propiamente económicos.

Nuestro planteamiento se contrapone al de quienes afirman que el ser humano es una unidad indivisible, por lo cual resulta imposible y erróneo distinguir en él áreas distintas, susceptibles de analizarse en forma separada. Por lo tanto, el daño es uno, aun cuando afecte bienes aparentemente diversos, ya que todos ellos están indisolublemente enlazados en una relación interdependiente. Desde este punto de vista, el daño material (daño emergente y lucro cesante) debería evaluarse de manera que quedara comprendido en él todo menoscabo o pérdida atribuida a la lesión provocada.

### ***C.3. El daño moral debe provenir causalmente de un hecho antijurídico que consistirá en la lesión de un derecho subjetivo de la víctima***

El acto –acción u omisión– que penetra la esfera de los sentimientos más íntimos de la persona y que provocan el daño moral debe ser **antijurídico**, esto es, contrario a derecho. Esta oposición puede visualizarse desde dos ángulos diversos: puede ser formal (oposición a un mandato normativo expreso), y

<sup>51</sup> Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo IV. “El daño moral”. Editorial EDIAR. Año 1986. Pág. 169.

puede ser material (oposición al derecho considerado en su integridad). En otros términos, el acto dañoso es contrario al tenor de una norma formalmente o contraviene el sistema jurídico como tal (principios generales de derecho, equidad natural, regulación analógica, etcétera). A este respecto conviene recordar lo que señala Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey:

“Es antijurídica, o contraria a derecho, toda conducta humana que contradice como un todo el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, para emitir el juicio de antijuridicidad no bastará, en muchos casos, con medir el acto en cuestión sobre una sola norma del derecho (un mandato o una prohibición). Con frecuencia, el criterio de valor que procederá aplicar para establecer la antijuridicidad en una situación concreta de conflicto sólo podrá fijarse acudiendo a otras normas –por lo regular incompletas– que modifican o en determinados casos derogan aquella norma. Si uno mata a otro en legítima defensa, no obra ‘antijurídicamente’, puesto que la norma prohibitiva no rige para este caso, es decir, la prohibición es derogada por una norma jurídica imperfecta”.<sup>52</sup>

Particularmente interesante resulta el análisis que los autores citados hacen de la antijuridicidad cuando la remiten a dos concepciones posibles. La primera parte de la premisa de la *valoración* de los intereses (materiales e ideales) y, la segunda, de los conflictos que entre éstos se producen. Lo anterior se extiende al acto (antijurídico) según lo que *causalmente ha producido*, atendiendo a la relación que guarda con el interés que el ordenamiento estima valioso; o según el *acto sea de suyo*, atendiendo a la relación que guarda en el *mandato* o la *prohibición* (conforme a la norma o contrario a la norma). De aquí la distinción que se advierte entre disvalor del resultado y el disvalor del acto. Ahora bien, a este respecto se señala:

“La teoría que aún predomina se coloca, unilateralmente, en el punto de vista del disvalor del resultado –al menos en cuanto a su fundamental posición teórica–. Insiste en que el juicio de antijuridicidad debe atender particularmente al resultado. El juicio debe emitirse partiendo del resultado del acto, puesto que este estado, según la valoración en que se basan las normas dispositivas (mandatos y prohibiciones) –aquí se habla de la ‘norma de valoración’– va en contra de la voluntad del ordenamiento de que las cosas no sean así”. Más adelante, se afirma, categóricamente, que “la teoría de la antijuridicidad del resultado no es sostenible. Ni en el derecho penal (sobre todo a causa de los elementos subjetivos de la antijuridicidad) ni en el civil es capaz de conferir a su principio fundamental una efectividad sin excepciones, pues es evidente que hay toda una serie de supuestos de

<sup>52</sup> Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey. *Derecho Civil. Parte General*. Volumen Segundo. Editorial Bosch, Barcelona. 1981. Pág. 854.

hecho de responsabilidad que no descansan sobre un concepto de antijuridicidad limitado al resultado".<sup>53</sup>

Si el acto impugnado no contradice el derecho, debe ser considerado legítimo y el daño que puede provocar no genera responsabilidad. Tal sucede, a nuestro juicio, por ejemplo, con el ejercicio de un derecho. En tal caso, el daño que pueda causarse no justifica una reparación indemnizatoria, siempre que el autor de la lesión no haya excedido ni desviado los intereses protegidos por la norma. De aquí que el llamado "abuso del derecho", instituto que en el pasado considerábamos plausible y útil, sea estimado hoy día como un concepto falso y equívoco. En efecto, un derecho se "tiene o no se tiene" y, en el primer caso, a nadie se ofende con su ejercicio, sea que se cause o no se cause daño al exigirlo por la vía coercitiva que corresponde, cualquiera que sea la actitud interior del titular y los móviles que sustenten para ejercer aquello que le pertenece y que el sistema normativo le asegura y ampara. El concepto "abuso del derecho" nace de un error manifiesto. El derecho subjetivo es un *interés jurídicamente protegido* (siguiendo la concepción de Von Ihering). Por lo tanto, su titular tiene la facultad de satisfacer ese interés en su integridad, pero no puede ir más allá. Si extiende el interés por sobre el límite debido o lo desvía en una dirección opuesta fijada en su estructura, no actúa de *iuris* sino de *facto*, no *ejerce un derecho*, sino una *aparición del tal*. De aquí que sea sustancialmente erróneo hablar de "abuso del derecho", en lugar de circunscribir este concepto a "ausencia" o "aparición" de derecho, porque en verdad quien lo invoca no lo tiene.<sup>54</sup>

Sobre este punto conviene citar la opinión de Jorge Mosset Iturraspe, que señala que... *"la antijuridicidad –que como regla no puede faltar en la responsabilidad civil– plantea igualmente hipótesis merecedoras de consideración particularizada: a) ¿qué ocurre con el daño moral cuando esa antijuridicidad se borra en virtud de una causa de justificación? b) ¿puede condenarse a reparar un daño moral al autor de un comportamiento ajustado a derecho, desde el inicio, pero causante de semejante consecuencia? Sobre la incidencia de las causas de justificación –tema de real importancia y algo descuidado en la doctrina civilística– cabe señalar que el tratamiento dado al daño moral no puede ser diferente del acordado al daño patrimonial. Por vía de ejemplo, si frente al acto necesario dañoso –obrado en estado de necesidad– se resuelve condenar a quien es el autor o bien a quien es el beneficiado, no debe diferenciarse entre una y otra especie de daño. Otro tanto similar acontece con la reparación de daños morales causados en actos ilícitos. Como sabemos, tales actos pueden dar lugar, aunque en supuestos excepcionales, al deber de responder. Son conocidos y abundantes los casos que plantea el*

<sup>53</sup> Ludwig Enneccerus y Han Carl Nipperdey. Obra citada. Volumen Segundo. Pág. 855.

<sup>54</sup> Esta materia está latamente tratada en nuestro libro *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

*obrar de la Administración Pública, cuando somete a un particular a un 'sacrificio' que se considera excesivo y violatorio del principio de igualdad. Y ello es también posible en la órbita del derecho privado –responsabilidad sin antijuridicidad. Pues bien, las condenas consiguientes no pueden distinguir entre el daño material y el daño moral, porque la preocupación central es siempre la víctima y su derecho a la intimidad".*<sup>55</sup>

Para la doctrina, la *antijuridicidad* es, sin duda, elemento de la responsabilidad extracontractual. De otra manera, sería imposible explicar cómo juegan las causales de justificación que, al eliminar la contradicción entre el acto ejecutado y el mandato jurídico, exoneran de responsabilidad al autor del daño (caso de la legítima defensa, del estado de necesidad, del obrar por una fuerza irresistible o un impulso insuperable, etcétera). Pero no ocurre lo mismo en el campo de la responsabilidad contractual, ya que la *antijuridicidad*, en este campo, queda subsumida en la inexecución de la conducta debida (incumplimiento). De lo anterior se sigue que el incumplimiento por sí mismo es *antijurídico* o contrario a derecho. Lo que señalamos no implica desconocer que la conducta que da lugar a la reparación es contraria a derecho, pero esta exigencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, se halla contenida en el incumplimiento de la obligación contraída. Nuestra opinión está corroborada por algunos autores.

Luis Díez Picazo y Antonio Gullón señalan, esclarecidamente, a este respecto:

"El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que de alguna manera se pueda considerar como causa de daño. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa, omisión o abstención (*non facere*).

"Debemos, sin embargo, preguntarnos si para que esta acción o esta omisión pueda ser considerada como fuente de responsabilidad es preciso que pueda ser calificada como ilícita o antijurídica.

"En materia de responsabilidad contractual, la cuestión se presenta con bastante sencillez. Preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y que viola al mismo tiempo el derecho del acreedor. Puede ser una completa falta de ejecución de aquello que es debido, la ejecución de la prestación defectuosa por la infracción de un especial deber de conducta. En todo caso el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento

<sup>55</sup> Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo IV. "El daño moral". Obra citada. Pág. 116.



jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta de cumplimiento de la propia obligación que sanciona.

*“En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, nuestro Código Civil, siguiendo fielmente al francés, no exige este requisito, sino que en la acción y omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia. La doctrina y jurisprudencia destacan, sin embargo, el carácter antijurídico que debe tener el acto, aunque en la órbita no penal su concepto es necesariamente más genérico, menos perfilado y concreto”.*<sup>56</sup> Como puede observarse, los autores citados recogen nuestra posición con respecto a la antijuridicidad en el campo de la responsabilidad contractual. Más adelante, aclarando con mayor rigor la diferencia que se advierte en el campo penal y civil, se agrega lo siguiente:

*“En efecto, en el Derecho penal las conductas sancionadas están plenamente tipificadas en la ley. Pero fuera de él es imposible encontrar una serie de normas que minuciosamente obliguen a una conducta para no causar daño a tercero, o, si se quiere, que puntualicen cómo hemos de comportarnos con los demás. Sería una tarea prácticamente imposible, y de ahí que el Derecho nunca pueda llegar a la certeza en el campo de la responsabilidad extracontractual. Así pues, lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta (p.ej., la empresa suministradora de energía eléctrica ha de cumplir las disposiciones sobre la protección de los cables que la transportan para evitar daños), sino también en la contravención del principio ‘alterum non laedere’, que es un principio general de Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible. Por ello, es perfectamente posible que incluso el ejercicio de nuestro propio derecho cause un daño resarcible si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo (abuso del Derecho: art.7 C.c.)”. Finalmente, aludiendo a la jurisprudencia española en materia constitucional, se sostiene que: “En este sentido el Tribunal Constitucional señala que el artículo 25.1 de la Constitución (en virtud del cual nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento) ‘no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta’”.*<sup>57</sup>

En suma, en la indemnización por daño moral proveniente de un acto o conducta antijurídica (contraria a derecho, sea que la contradicción –acción y de-

<sup>56</sup> Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Año 1995. Pág. 826.

<sup>57</sup> Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Obra citada*. Volumen I. Pág. 827.

recho— se plantee a propósito de una norma específica o del sistema jurídico en su integridad), esta categoría y calificación resulta indispensable. Este requisito debe entenderse comprendido en el incumplimiento contractual, puesto que la conducta ilícita consiste, precisamente, en no ejecutar el deber de conducta que constituye la obligación. Para efectos prácticos debe tenerse en consideración el hecho de que la antijuridicidad en materia extracontractual debe ser acreditada por quien reclama la reparación, ya que es posible que no exista responsabilidad en virtud de la concurrencia de una “causal de justificación”. No sucede lo mismo en el campo de la responsabilidad contractual, en que la antijuridicidad queda absorbida por el incumplimiento, comportamiento de suyo antijurídico. Quien incumple una obligación contractual infringe una conducta **autoimpuesta**, que nació como consecuencia de una limitación que su titular estipuló, concurriendo las exigencias que la ley contempla para dar valor a estos efectos restrictivos nacidos al amparo de la autonomía privada. Por consiguiente, ese comportamiento es ilícito y contrario a derecho.

Las opiniones y doctrinas expuestas en lo precedente no satisfacen, sin embargo, del todo nuestra posición. En efecto, el acto antijurídico, para provocar un daño moral, debe lesionar un derecho subjetivo (sea que provoque su extinción o su minusvalía). Por lo tanto, el daño moral es **consecuencial o dependiente**, puesto que su producción se halla subordinada a la lesión de un derecho subjetivo cualquiera sea su naturaleza. A su vez, esta lesión puede afectar otros derechos o intereses legítimos (extrapatrimoniales). Pero no hay daño moral sin que previamente se lesione un derecho subjetivo, sea éste de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Lo que señalamos concuerda con el sentido que hemos atribuido al daño moral, ya que concebimos su existencia sólo en la medida en que esta lesión, atendido su grado de virulencia, alcance la esfera íntima de la persona humana, afectando otros derechos u otros intereses. En consecuencia, a nuestro juicio, el daño moral es **sobreveniente**, esto es, se sigue del hecho antijurídico que consiste en la lesión de un derecho subjetivo. Si tal no ocurre, no puede hablarse de daño moral. Un hecho antijurídico que no comprometa (lesionando) un derecho subjetivo carece en lo inmediato de consecuencias jurídicas y, en todo caso, no compromete la responsabilidad de quien se presume dañador. En esta parte, nuestro planteamiento difiere de otras opiniones. Si el hecho que se juzga antijurídico compromete y afecta sólo intereses no constituidos en derechos subjetivos (atendiendo a la ausencia de protección que le brinda el derecho objetivo), no genera responsabilidad alguna, puesto que sólo se responde de la lesión de derechos y de sus consecuencias. Reiteremos que la lesión a cualquier tipo de derecho subjetivo, sea éste material (patrimonial) o moral (extrapatrimonial), puede producir daño moral, siempre que tenga la aptitud suficiente para penetrar lo que hemos llamado esfera íntima de la personalidad humana.

Concluamos diciendo que no es fácil representarse un acto antijurídico incapaz de lesionar un derecho subjetivo. En tal caso, no existiría una lesión, sino una amenaza inidónea para causar daño y, por lo mismo, para hacer nacer la responsabilidad civil.

Lo que hemos planteado podría controvertirse aludiendo a los daños causados a terceros distintos y sin vinculación jurídica directa con la víctima. A nuestro juicio, sólo están legitimadas activamente aquellas personas que acrediten la lesión de un derecho subjetivo. Así, por ejemplo, al fallecimiento de un sujeto como consecuencia de un hecho ilícito sólo debería reconocerse derecho a ejercer una pretensión indemnizatoria a aquellas personas que efectivamente acrediten haber experimentado un perjuicio o detrimento en sus derechos, vale decir, a sus sucesores. Los terceros que sólo invocan un legítimo interés, no están habilitados para ejercer una pretensión que no les corresponde. Asimismo, entre los herederos de la víctima deberá preferirse, en caso de concurrencia, a quienes la ley llama en el orden de la sucesión intestada (en esta materia la ley presume que ciertas personas están más o menos ligadas al causante).

#### ***C.4. El daño moral supone el menoscabo o pérdida de un interés reconocido o un derecho extrapatrimonial de que se es titular***

Hemos señalado en lo precedente que el daño moral afecta la esfera de los sentimientos más íntimos de la persona humana. En aquella esfera se concentran "intereses" y "derechos" de la víctima, susceptibles de ser lesionados por un acto o conducta antijurídica.

Comencemos por reconocer que existen dos tipos de intereses legítimos: aquellos *protegidos por la norma jurídica* (derechos subjetivos), y aquellos otros que *no son objeto de amparo expreso* por parte del derecho (meros intereses).

El interés podría definirse diciendo que consiste en "*valor que en sí mismo atribuimos a una cosa*" o en una "*aspiración encaminada a lograr un beneficio material o espiritual que creemos nos corresponde, o a un anhelo que deseamos concretar*". Para que el interés lesionado dé lugar a una indemnización de perjuicios debe reunir tres exigencias: primero, deberá ser *legítimo*, vale decir, no ser contrario a derecho; segundo, debe ser *calificado*, lo cual equivale a ser reconocido objetivamente por la comunidad como digno de protección y amparo; y tercero, debe ser *cierto* y no eventual. Por ende, la lesión de un interés susceptible de ser fuente de una reparación indemnizatoria debe corresponder a un nivel o estándar dado por la comunidad que será impuesto por los valores prevalecientes en cada época. Como puede observarse, la concepción que admite la indemnización por la lesión de un mero interés tiene rasgos difusos (*legitimidad, calificación y certeza*), que amplía considerablemente las facultades del juez para juzgarlo.

Sobre el carácter *cierto* del daño, conviene recordar lo que señalan sobre el particular los hermanos Mazeaud y Tunc:

“La mayoría de los autores y gran cantidad de sentencias afirman que, para exigir la responsabilidad de su autor, el daño debe ‘atentar contra un derecho adquirido’; o también afirman que el demandante de una indemnización delictual o cuasidelictual debe justificar no un daño cualquiera, sino la lesión cierta de un interés legítimo jurídicamente protegido.<sup>58</sup>

“Tales fórmulas son susceptibles de ser entendidas de varias maneras; de hecho, unos las entienden de una forma, y de distinto modo otros.

“Por lo general, se opone el derecho adquirido a la simple expectativa; afirman que, ‘si el acto imputado no lesionaba más que simples conveniencias, esperanzas no realizadas, ilusiones –en una palabra– a las que no liga la ley una solución para protegerlas, no habría daño capaz de constituir a su autor en culpa ni en obligarlo a reparación...’. Es decir, que el daño debe ser cierto: el daño ‘que no lesiona sino ilusiones no es otra cosa que un daño eventual’.

“Por eso, este carácter, que debe presentar el daño, no es distinto de los examinados precedentemente; no es sino la aplicación del primer carácter establecido: el de la necesidad de que sea cierto el perjuicio, de que no sea eventual.

“Pero, a veces, al exigir que el daño ‘atente contra un derecho adquirido’ o que constituya la lesión ‘de un interés legítimo jurídicamente protegido’, se quiere decir algo muy distinto. No se considera ya el carácter de certeza del perjuicio; se averigua si es lícita o ilícita, regular, la situación contra la cual atenta. No se trata, por otra parte, de determinar si cabe atentar, sin incurrir en culpa, contra una situación ilícita –problema que dependería del estudio de la culpa y no del perjuicio– sino de precisar si el que destruye, por imprudencia o negligencia, en tal situación debe ser condenado al abono de daños y perjuicios: ¿no debe ser rechazada la acción de la víctima siempre que el perjuicio sufrido consista en la supresión total o parcial de una situación ilícita o inmoral?

“Por último, a veces, los requisitos de ‘derecho adquirido’ o de ‘intereses legítimos jurídicamente protegidos’ se comprenden como si implicaran, cuando el demandante no es la víctima directa del accidente, tan sólo que

<sup>58</sup> Las referencias que estos autores hacen a un “interés legítimamente protegido” no corresponde a un derecho subjetivo, sino a lo que en páginas anteriores hemos considerado un mero “interés legítimo”, lo cual se deduce del análisis que transcribimos.

un vínculo de derecho debería unirlo a esa víctima para que pudiera él demandar reparación del daño que ha sufrido.

“El examen de las aplicaciones corrientes que de esas expresiones hace la jurisprudencia revelará su triple sentido. Se verá que la acción de responsabilidad supone un perjuicio cierto y legítimo, pero que no debe existir ningún requisito suplementario”.<sup>59</sup>

Como puede apreciarse, la obra citada contraponen el “derecho adquirido” con “meras expectativas”, todas las cuales, sin duda, representan intereses legítimos, pero no constitutivos propiamente de derechos.

No sucede lo mismo con el derecho subjetivo (interés jurídicamente protegido en la concepción de Von Ihering), ya que éste se halla reconocido, tiene entidad propia y titular determinado. Por lo tanto, no resulta difícil precisar la lesión de un derecho, porque se trata de una facultad conferida por el ordenamiento jurídico que forma parte del estatuto que acompaña al sujeto de derecho.

De lo dicho se sigue que para dar lugar a una indemnización de perjuicios, el interés deberá ser probado (tanto respecto de su existencia como de su legitimidad y calidad), no así el derecho, que se basta, para estos efectos, a sí mismo, como consecuencia de su protección jurídica expresa.

Surge aquí una cuestión crucial. En el evento de un homicidio –por ejemplo– ¿pueden reclamar “daño moral” todos cuantos sean afectados en sus sentimientos más íntimos por este hecho o sólo está reservada esta pretensión a los herederos de la víctima? Es innegable que todos los deudos, unos más y otros menos, experimentarán dolor, desesperación, angustia y frustración como consecuencia del hecho. ¿Están todos ellos legitimados activamente para reclamar daño moral?

Esta cuestión ha suscitado opiniones diversas. Algunos autores se inclinan por reconocer derecho a reclamar indemnización sólo cuando se afecta un derecho subjetivo, en tanto otros afirman que también procede cuando se trata de un interés legítimo. A este respecto, Ramón Daniel Pizarro escribe:

“Cierta sector de la doctrina –avalado por una copiosa jurisprudencia– exige como presupuesto del daño resarcible que medie una adhesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo.

<sup>59</sup> Henri y León Mazeaud y André Tunc. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Año 1961. Pág. 387.



“Quienes adhieren a estas ideas parten de una premisa básica: la necesidad de evitar la excesiva proliferación de damnificados a raíz del acto dañoso. El acto ilícito puede afectar de manera refleja, patrimonial o espiritualmente, a un considerable número de personas, además de la víctima inmediata. Así, por ejemplo, el homicidio de un padre de familia puede provocar consecuencias patrimoniales y espirituales no sólo para su esposa e hijos, sino también para otras personas: amigos, parientes lejanos, socios, clientes, pacientes, etcétera. Si todos ellos pudieran reclamar reparación, se arribaría a un resultado insostenible para el responsable, contrario al sentido común y a los más elementales principios del Derecho y economía. De allí que se formule una tajante distinción entre **daño jurídico y daño de hecho**. El primero sería consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo, un interés legítimo, esto es, tutelado por la ley; el daño de hecho, en cambio, sólo se generaría ‘por rebote o repercusión del acto ilícito’ en la esfera patrimonial o espiritual del perjudicado. Únicamente el daño jurídico sería resarcirle, quedando al margen de toda posibilidad de reparación el llamado daño de hecho”.

Más adelante, el mismo autor caracteriza la opinión contraria que postula la legitimidad de una indemnización de perjuicios en favor de aquellos que sólo esgrimen la lesión de un interés:

“Otro sector se pronuncia por ideas más flexibles y sostiene que es suficiente una adhesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprochado por el Derecho, esto es a un simple interés de hecho no ilegítimo.

“Participamos de estas ideas, que guardan armonía con la letra y espíritu de nuestra legislación (argentina) y, de modo especial, con los más modernos postulados del Derecho de daños.

“Además de los derechos subjetivos y de los intereses jurídicos, legítimamente protegidos, existen los simples intereses no ilegítimos, de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cuya minoración también puede generar un daño resarcirle. Se trata de intereses que, al decir de Zannoni, ‘no han logrado trascender como presupuestos de un derecho subjetivo y que, además, carecen de un medio de protección legítimo para asegurar su satisfacción. Sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al Derecho. O sea que su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible”.

El autor citado concluye estas reflexiones pronunciándose en favor de la segunda tesis, sosteniendo que:

“Nada justifica reducir la esfera de protección normativa a aquellos intereses que el Derecho tutela de manera formal, por ser contenido de un derecho

subjetivo o estar dotados de medios de protección legalmente establecidos para asegurar su eficacia.

“Tal criterio de valoración, axiológicamente disvalioso, es fruto de una desafortunada transpolación a nuestra doctrina de una polémica gestada en Francia a mediados del presente siglo (XX), que ha sido totalmente superada por la doctrina gala. También los simples intereses no ilegítimos son jurídicamente protegidos por el Derecho, en cuanto importan medios para satisfacer necesidades humanas, cuya minoración es antijurídica y apta para generar consecuencias engañosas. Ellos forman parte de un espectro expansivo de intereses individuales, colectivos y difusos, cuya protección aparece frecuentemente asociada a vías de tutela colectiva”.<sup>60</sup>

Nos inclinamos, resueltamente, por la doctrina que admite la indemnización por daño moral, sea que éste constituya un daño *jurídico* o un daño de *hecho*. En otras palabras, optamos por admitir el resarcimiento del daño moral tratándose de la lesión de un interés legítimo que no conforma un derecho subjetivo, pero siempre que, previamente, se haya afectado –como se explicó– un derecho subjetivo. Esta primera lesión es la que abre la puerta a la indemnización del daño moral, el cual resulta ser una de las consecuencias dañosas de aquella infracción.

El problema que se presenta y que debe resolverse imperativamente dice relación con la *preferencia* de quienes están legitimados activamente para reclamar dicha indemnización. Sobre esta materia debe fijarse un cierto orden de preferencia, puesto que de lo contrario se desatará un desorden difícil de corregir, como lo advierten varios autores.

Creemos que debe legitimarse activamente, en primer lugar, a quienes sufren las consecuencias más directas de una lesión a los derechos de que son titulares. En otros términos, prefiere, para los efectos indemnizatorios, quien experimenta un menoscabo en sus derechos, por sobre quien sufre un menoscabo en sus legítimos intereses. Así, por ejemplo, preferirá, ante la muerte intencional o culposa de una persona, el derecho que hace valer el cónyuge sobreviviente por encima del que hace valer la conviviente o concubina. Es posible que el sufrimiento de la segunda sea superior al de la primera, sin embargo la afectación de un derecho resulta de mayor gravedad que la afectación de un interés legítimo. Teniendo en consideración que el daño moral es siempre **presuntivo**, puesto que no resulta posible medirlo en su verdadera y objetiva magnitud, habrá de preferirse aquella relación ajustada y reconocida por el derecho, por encima de aquella otra, fundada exclusivamente en consideraciones de hecho. De la misma manera, si concurren en la sucesión de la persona fallecida here-

<sup>60</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Págs. 145 y ss.

deros forzosos y herederos testamentarios, deberá privilegiarse a los primeros, respetando el llamado preferente que formula el sistema sucesorio.

Lo que señalamos no implica excluir de plano a quienes invocan un *daño de hecho*, cuando concurren con quienes invocan un *daño jurídico*. *Tampoco podría sostenerse que la concurrencia de un daño jurídico y un daño de hecho provoca la exclusión de este último por efecto del primero*. Creemos que en el caso que nos ocupa corresponderá al juez resolver este conflicto, sea que se admita o se rechace la concurrencia de ambos tipos de interesados.

Conviene preguntarse sobre qué base deberá resolverse este conflicto. No cabe duda que la materia no se encuentra resuelta en la ley, razón por la cual puede sostenerse la existencia de una "laguna legal". En tal caso, la tarea del juez consistirá en integrar el sistema jurídico, aplicando la analogía, los principios generales de derecho o la equidad natural, como se desprende claramente de diversas normas contenidas en nuestra legislación común.

En suma, afirmamos que el daño moral puede derivar indistintamente de la lesión de un derecho o de un interés legítimo no constituido en derecho, pero que es necesario fijar un criterio de prelación para resolver la concurrencia de afectados que invoquen la lesión de un derecho o de un mero interés legítimo.

***C.5. Pueden concurrir en una misma situación, conjunta o separadamente, el daño material y el daño moral, atendida la entidad y profundidad de la lesión***

Sobre el último de los elementos en que se descompone la definición que hemos formulado, debemos aludir a la circunstancia de que puedan concurrir (así sucede en la mayor parte de los casos) el daño material y el daño moral o extrapatrimonial. El atentado que provoca este tipo de perjuicio no reviste un carácter especial. En efecto, puede tratarse del incumplimiento contractual o de un ilícito civil, incluso del incumplimiento de una obligación impuesta en la ley. Lo que interesa es la profundidad y extensión de la lesión y su idoneidad para menoscabar aquello que compone la esfera íntima de la persona humana, vale decir, los derechos e intereses no patrimoniales. Dicho de otra manera, el acto antijurídico puede afectar patrimonialmente a la víctima y extenderse el perjuicio hasta penetrar la esfera íntima que resguarda los derechos e intereses legítimos extrapatrimoniales.

De la misma manera, atendido el carácter de la agresión, es posible que el daño quede circunscrito al campo puramente patrimonial, sin que sea presumible un mayor alcance; o bien, que la agresión se dirija exclusivamente a la lesión de los derechos e intereses extrapatrimoniales. En consecuencia, no existe in-

compatibilidad alguna entre el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, pudiendo presentarse conjunta o separadamente.

Cuando el daño moral tiene carácter exclusivamente extrapatrimonial, hablaremos de daño moral **autónomo**, puesto que se produce y subsiste sin relación alguna con un daño patrimonial. A la inversa, si el daño moral tiene como antecedente causal un daño patrimonial, hablaremos de daño moral **dependiente**. De lo señalado se siguen que cualquier agresión que afecte los derechos de una persona puede provocar, indistintamente, un daño patrimonial o un daño extrapatrimonial. Por lo general, es difícil, pero no imposible, concebir un daño moral autónomo, puesto que el nivel de la agresión que alcanza la esfera de los sentimientos íntimos de la víctima causa, paralelamente, aun cuando sean mínimos, otros perjuicios materiales. Es esto, precisamente, lo que justifica la existencia del artículo 2331 del Código Civil, en el cual se advierte la concurrencia, por efecto de una agresión a derechos extrapatrimoniales (*"imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona"*), de perjuicios patrimoniales (*"daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero"*).

Si bien cualquier hecho puede ser invocado para justificar una lesión a los derechos o intereses extrapatrimoniales, no es difícil excluir todas aquellas conductas inspiradas en intereses puramente patrimoniales. Lo que decimos está dado por el nivel cultural y social de cada pueblo, ya que un mayor refinamiento sensibilizará aquella esfera íntima que identificamos con los derechos e intereses extrapatrimoniales y hará posible la ocurrencia del daño moral. A la inversa, a menor nivel social y cultural, se restringirán los derechos e intereses extrapatrimoniales. Lo que señalamos constituye una razón más para exigir poner fin a la estratificación de la sociedad contemporánea.

No nos parece posible vincular el daño patrimonial con el daño extrapatrimonial, ni siquiera admitir como criterio para la valorización de este último la cuantía e importancia del primero. Se trata de un perjuicio (daño moral) no condicionado, aun cuando dependiente en algunos casos, pero cuya magnitud no tiene relación con el menoscabo material. Un autor, sobre la doctrina que excluía el daño moral cuando se había indemnizado el daño patrimonial, sostiene lo siguiente:

*"Los perjuicios materiales y los extrapatrimoniales pueden darse conjunta o separadamente. Por lo tanto, es errónea la doctrina según la cual, cuando ha habido indemnización por los primeros no hay lugar a conceder reparación por los segundos. La Corte Suprema de Justicia, en varios fallos, condena una jurisprudencia inicial según la cual, ambos perjuicios no podían coexistir en una misma víctima, lo que implicaba negar la reparación de un daño cierto".*<sup>61</sup> Cabe recordar que la

<sup>61</sup> Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Pág. 160.

cita trascrita corresponde a un autor colombiano, dejándose constancia, en una nota al pie de página, de los fallos aludidos y agregándose que, luego de rechazada la doctrina mencionada, en adelante todos los fallos acogieron la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, no siendo modificada esta decisión a lo largo del tiempo, cuestión ya superada y que no se discute en dicha nación.

Sobre la relación entre ambos tipos de daños, Jorge Mosset Iturraspe escribe lo siguiente:

*"Y aunque ambas tesis, la reparadora y la represiva (materia que trataremos más adelante), por boca de alguno de sus cultores, adhieran a la distinción o independencia, nos parece innegable que 'muchos fallos que defienden teóricamente el criterio sancionador, afirman al mismo tiempo que la extensión del daño moral debe fijarse en función de los daños materiales producidos'. (La cita corresponde a la profesora argentina Kemelmajer de Carlucci).*

*"Para Acuña Anzorena se trata, aunque disfrazada, de una tesis intermedia: 'a mitad de camino entre la que niega la reparación del daño moral, criterio hostil a la reparación' y la que propugna la 'amplia reparación'. Con ella se quiere 'conformar los dictados de la justicia acordando a la víctima de un daño moral reparación sólo en caso en que a él se agregue quebranto económico.*

*"Se menciona como sostenedores del criterio a Meynial y Esmein, en la doctrina francesa; y como tesis inspiradora de la jurisprudencia administrativa de aquel país, 'toda vez que, a estar a las resoluciones de su Consejo de Estado, es únicamente en la hipótesis en que el daño moral se mezcla al daño material que procede acordar reparación' (En nota al pie de página se señala que Acuña Anzorena dice que "el jurista Mercedes sostiene que la posición de estos autores no se justifica, porque si el daño moral no es reparable por no ser susceptible de estimación en dinero, esa imposibilidad tanto existe cuando se lo considera aisladamente, que cuando se lo aprecia apareado a un perjuicio patrimonial, ya que en el uno como en el otro caso su naturaleza es la misma").*

*"Para Barde, si en tales supuesto los tribunales toman en consideración el daño moral, es a título puramente suplementario, siendo la verdadera intención del magistrado la de acordar tanto más fácilmente una compensación al daño material, cuanto más se acompaña a este último el daño moral, que aisladamente es, por su naturaleza, irreparable.<sup>62</sup>*

Más allá de estas posiciones doctrinarias, no puede negarse que existe un intercambio dinámico entre el daño material y el daño moral, lo cual hace pensar

<sup>62</sup> Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Tomo IV. Pág. 73.



en una recíproca interdependencia. En efecto, es posible que un daño estrictamente material (p. ej. la destrucción de un cuadro) implique la pérdida de un bien con valor de afección y, a la inversa, una injuria que deshonra la memoria de un ascendiente provoque en la víctima una depresión que comprometa su capacidad de trabajo y aptitud profesional. En la inmensa mayoría de los casos estará presente esta reciprocidad, razón por la cual es difícil, si no imposible, desvincular ambos daños. Claro está que en algunos casos el daño moral será menor o insignificante, y en otros ocurrirá lo propio con el daño material. Lo anterior demuestra que al lesionarse un interés o derecho extrapatrimonial se pone en peligro un interés o derecho patrimonial y viceversa, lo cual refuerza la concepción de que el ser humano es una unidad indivisible en que se autocondicionan los efectos de una lesión antijurídica. Probablemente, esta sea la razón que hace difícil la conceptualización del daño moral, aislándolo del daño patrimonial o material.

#### *D. Sobre la certidumbre del daño moral*

Una de las cuestiones más difíciles de determinar en el daño moral dice relación con su certidumbre y real efectividad. La lesión que afecta la esfera íntima de la persona humana, que puede o no exteriorizarse a través de manifestaciones objetivas, no nos permite afirmar con absoluta certidumbre su existencia. Es cierto que en algunos casos estos daños resultan evidentes y no admiten discusión, pero ello no constituye una regla absoluta. De aquí que el daño moral debe **presumirse** más que probarse, ya que si bien es posible acreditar ante un tribunal la depresión, la angustia, el decaimiento o el stress, siempre quedará un margen de duda, porque todo ello ocurre en el interior de la personalidad humana, lo cual hace imposible una constatación cierta y objetiva. Lo propio puede sostenerse en relación a la profundidad y extensión de estas reacciones que dependen, como ya se dijo, de la sensibilidad de la víctima, factor que relativiza todavía más una conclusión inobjetable. Lo señalado no tiene sentido tratándose de los daños llamados "*por repercusión*", ya que ellos se traducen en daños patrimoniales, que son acreditables de acuerdo a las normas que rigen respecto de los daños materiales, a los cuales nos referiremos en las páginas siguientes.

De lo señalado se sigue que para determinar el daño moral será fundamental analizar y confrontar el derecho o interés lesionado con las preferencias, valores, anhelos e ideales de la víctima. Así, por vía de ejemplo, es presumible que una mujer estará más afectada por el daño estético que un hombre; que la muerte de un hijo afectará más a la madre que a un tío de aquél; que un daño en la integridad física de la víctima acarreará mayores quebrantos que un daño en su patrimonio; etcétera. Pero nada de ello permite formular una regla capaz de cubrir todas o la mayoría de las posibilidades susceptibles de presentarse, manteniéndose un cierto grado de incertidumbre que resulta imposible superar. De

aquí que en esta materia sean los tribunales, indefectiblemente, los llamados a definir el daño moral producido y, como se verá más adelante, su valorización. No se trata de una facultad discrecional, pero, no cabe duda, sí más amplia de lo que habitualmente les corresponde en ejercicio de sus funciones.

El grado de incertidumbre que conlleva esta categoría de daños ha hecho decir a varios comentaristas que este tipo de indemnización se presta para consumir abusos y exacciones. Un distinguido abogado, ligado a la defensa de los intereses fiscales, ha escrito a este respecto:

“Estamos asistiendo al inquietante fenómeno de la mercantilización del daño moral. Las desmedidas indemnizaciones que, en forma creciente, reclaman los demandantes ante los tribunales de justicia, especialmente en contra del Estado, elevándolas, con impresionante uniformidad, no sólo a una o más decenas de millones, sino que a varias centenas o miles de millones de pesos, son una demostración palpable de esa tendencia a la especulación. La indemnización se está transformando, así, en un objeto mercantil, sometido al espíritu de lucro que es propio de la actividad comercial.

“Piensan los demandantes –y no siempre sin razón– que los tribunales se sentirán inclinados a concederles un porcentaje de lo que cobran. Por eso, no vacilan en elevar sus pretensiones a cifras fuera de toda realidad. La audacia juega un rol importante en el resultado y la indemnización pasa a constituirse en una fuente de lucro o ganancia, que excede los límites de lo que, jurídica y racionalmente, debe ser una reparación. Poco importa especular con la desgracia. La sociedad, conmovida por el infortunio, ampara al especulador. Los que así proceden suelen tener éxito, dependiendo éste también de la mayor o menor capacidad de dramatizar el daño y sus efectos que tenga el redactor de la demanda o los testigos que depongan en el juicio por el actor.

“Pareciera que la ley sociológica de los extremos ha realizado aquí, también, su obra. De la no muy lejana tendencia a rechazar la indemnización del daño moral, se ha pasado a la exageración actual de reclamar y concederla sin moderación ni prudencia, con una ilimitada discrecionalidad, no reconocida ni otorgada por precepto legal alguno”.<sup>63</sup>

La cita transcrita ahorra mayores comentarios. Es efectivo lo que se sostiene respecto del daño moral, pero lo propio acontece respecto de cualquier otra institución jurídica cuando se descubre la posibilidad de obtener beneficios exce-

<sup>63</sup> José Pablo Vergara Bezanilla. “La mercantilización del daño moral”. Artículo publicado en la Revista “Actualidad Jurídica” N° 2, julio 2000, Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Págs. 177 y ss.

sivos a su costa.<sup>64</sup> Es igualmente efectivo que al abrirse la posibilidad de reparar el daño extrapatrimonial se han hecho valer pretensiones desproporcionadas y abusivas, al amparo de situaciones dramáticas que golpean fuertemente la conciencia de quienes ejercen la jurisdicción y de la incertidumbre respecto de su existencia, extensión y valorización.

Desde otra perspectiva, debe considerarse que la trascendencia que han cobrado en los últimos decenios los derechos esenciales de la persona humana (derechos extrapatrimoniales por excelencia), debe, necesariamente, ir acompañada de una mayor flexibilidad a la hora de reparar su infracción. Por lo tanto, la tendencia inmensamente mayoritaria que postula el respeto y supremacía de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana tiene como lógica contrapartida la indemnización del daño moral. Lo anterior no ha sido suficientemente ponderado por la doctrina jurídica, obligando a los tribunales de justicia a considerarlo en un pobre contexto jurídico. No parece justo, por ende, una crítica tan extrema respecto de la indemnización del daño moral, sin atender a la circunstancia de que, paralelamente, se reconoce y extiende la primacía de los llamados "derechos humanos" por sobre los derechos patrimoniales. La mayor parte de las demandas y pretensiones sobre esta materia proviene de quienes dicen haber sufrido una lesión en materia de "derechos humanos". Frente a un supuesto abuso de los particulares, son los jueces los únicos llamados a evitarlo, tanto en esta como en otras áreas del derecho.

A todo lo anterior deben agregarse, aún, los problemas que se derivan del cómputo de la prescripción como modo de extinguir la obligación de indemnizar. Como hemos sostenido reiteradamente, la prescripción es una institución de enorme utilidad para la sociedad, puesto que está llamada a consolidar las situaciones de hecho que se prolongan a través del tiempo, transformándolas en situaciones de derecho. Sin la prescripción imperaría la inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas. ¿Cómo debe computarse la prescripción extintiva tratándose del daño moral? Parece lógico admitir que mientras subsista la producción del perjuicio, no puede comenzar a correr la prescripción. Sin embargo, resulta imposible precisar, con certeza plena, cuándo ha cesado la causación del daño, admitiendo, desde luego, que puede éste prolongarse indefinidamente, incluso durante toda la vida de la víctima. ¿Implica esto que el derecho a ser indemnizado por daño moral es imprescriptible? En estricto derecho, creemos nosotros, que sólo puede computarse el plazo de prescripción cuando cesa la producción del perjuicio. Pero ello introduciría un factor

<sup>64</sup> En esta materia hemos formulado un teoría para evitar lo que llamamos el "abuso circunstancial", opuesto al mal llamado "abuso del derecho", teoría que tiene por objeto evitar, a propósito de los efectos de la nulidad, que el poseedor vencido sea obligado a restituir un bien sobrevalorizado que no corresponde a lo que recibió con ocasión de la relación jurídica dejada sin efecto por sentencia judicial ejecutoriada. Esta tesis está planteada en el libro *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

de inseguridad insostenible para una sociedad regida por el derecho. Por lo mismo, debe admitirse la posibilidad de que el plazo de prescripción corra a partir de la consumación del hecho dañoso, sin perjuicio de que el menoscabo siga produciéndose después de su ocurrencia, lo cual, sin duda, será la regla general. Lo que señalamos es consecuencia necesaria y directa de la incertidumbre que inefablemente provoca el daño extrapatrimonial. Esta sola constatación permite deducir las innumerables dificultades que conlleva la reparación de un daño no perceptible, en la mayor parte de los casos, en forma objetiva.

El desafío que experimenta el derecho en este momento reviste la mayor dificultad. Lo indicado deriva de aplicar las normas sobre indemnización del daño material al daño moral, no obstante su diversa naturaleza y entidad; de ignorar objetivamente su ocurrencia y, en todo caso, su profundidad y extensión; de valorizarlo con un medio (dinero) que sólo parece aplicable al daño material; de desconocer desde cuándo y hasta cuándo el menoscabo que lo justifica ocurre y se prolonga; en fin, de asimilar dos conceptos diversos, forzando su estructura y carácter. Como puede apreciarse, las dificultades que señalamos no son menores.

Probablemente, la única forma de resolver acertadamente estos conflictos exige un tratamiento legislativo especial que precise aspectos que la doctrina jurídica no está en situación de determinar en forma pacífica.

Finalmente, la incertidumbre que, como queda dicho, es propia del daño moral, proyecta una justa desconfianza en el imperado, puesto que: o se ve afectado por un perjuicio que a sus ojos no es reparado, o es obligado a indemnizar un daño que objetivamente no tiene existencia. Como sucede habitualmente, este solo hecho motiva un descontento con las decisiones judiciales, cualesquiera sean su contenido y alcance.

#### *E. Daños por repercusión o daño moral con consecuencias pecuniarias*

Todas las objeciones planteadas en lo precedente desaparecen si el daño moral queda circunscrito al llamado "*daño moral por repercusión*". Como se anota en las páginas precedentes, se trata de los efectos patrimoniales que genera una lesión a derechos o intereses extrapatrimoniales. Es indudable que una lesión que alcanza a la esfera más íntima de la personalidad humana tiene efectos en aspectos estrictamente patrimoniales de la víctima. Así, por ejemplo, una depresión, angustia, dolor o desánimo, repercutirá en la capacidad productiva o laboral del afectado, en el cuidado normal de sus intereses, en la realización de sus proyectos o iniciativas de trabajo. Todo ello es susceptible de acreditarse por los medios de prueba instituidos en la ley y sigue las reglas generales sobre la materia.

Nótese que el daño "*por repercusión*" es un daño material, pero efecto directo de una lesión a derechos o intereses extrapatrimoniales. En otros términos, en

cierta medida, el daño moral se transforma, limitadamente, en daño patrimonial. Sobre esta materia el profesor Fernando Fueyo escribe:

“La contraposición (daño moral) con los daños patrimoniales no debe entenderse en sentido absoluto, esto es, que los daños morales no afectan al patrimonio. Ciertamente pueden afectarlo, y eso no les quita su carácter; pero sólo de manera **indirecta** es tal afectación. En verdad, los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente valor económico, y por lo mismo influyen en la capacidad **productiva** de quien sufrió el agravio. Tal baja de rendimiento produce efectos en el patrimonio. Pero dicho efecto no constituye daño moral. La valoración exacta de los daños morales no existe, puesto que su medición material es francamente imposible. Esto es una mera consecuencia de que los bienes personales afectados no admiten una valoración propiamente tal o estricta. Por lo mismo es que la reparación es satisfactiva no compensatoria”.<sup>65</sup>

Fácil resulta concluir que si se optara por considerar daños morales, exclusivamente los mencionados daños *por repercusión*, el problema quedaría zanjado, porque estos daños son de naturaleza patrimonial y, como se dijo, susceptibles de acreditarse por los medios probatorios que consagra nuestra ley. La transformación del daño moral en daño material pasa por un proceso de exteriorización de la lesión extrapatrimonial, que esta vez se manifestará en sentido contrario de lo ocurrido con el daño moral (en el cual los efectos de la lesión del derecho subjetivo transitan “de afuera hacia adentro”), tomando una dirección inversa (“de adentro hacia afuera”). Por lo tanto, rechazamos la opinión de quienes estiman que constituye daño moral aquel perjuicio que sobreviene en razón de los efectos patrimoniales que se siguen de la lesión en el campo de la esfera íntima de la persona afectada.

En conclusión, el llamado “daño por repercusión o daño moral con consecuencias pecuniarias” constituye un daño patrimonial que se asimila al daño emergente o lucro cesante, según corresponda, y que se acreditará conforme las reglas generales que rigen en la materia.

#### ***F. Daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual***

Finalmente, analizaremos, para concluir este capítulo, el daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual, categorías fundamentales en nuestra legislación.

<sup>65</sup> Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1991. Segunda edición corregida y aumentada. Págs. 365 y 366.



Resulta evidente que es más fácil justificar la reparación del daño moral en el campo de la responsabilidad extracontractual, en atención a lo que dispone el artículo 2329 del Código Civil en relación al artículo 2331 del mismo cuerpo legal. Mientras la primera de estas disposiciones consagra el principio de la *reparación integral del daño*, la segunda parece consagrar una excepción a este principio general. La letra de la ley permite llegar a esta conclusión. En efecto, el artículo 2329 comienza diciendo que **"Por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta"**. A su vez, el artículo 2331 dispone que **"Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero..."**. Como puede constatar, si la ley necesitó decir expresamente que una determinada lesión a derechos extrapatrimoniales (proveniente de imputaciones injuriosas contra el honor y el crédito de una persona) no daba derecho a reclamar una indemnización, sino cuando existen daños pecuniarios, es porque en los demás casos dicha indemnización es perfectamente procedente y debe entenderse incorporada a la reparación integral de los daños. Tanto la opinión de la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el daño moral en materia extracontractual es plenamente procedente en función del principio de *"reparación integral"* antes mencionado. Desde otra perspectiva, podría sostenerse, además, que no existiendo relación jurídica ninguna entre dañador y dañado, siendo este último sujeto pasivo de un hecho culpable o doloso, derivado del incumplimiento del deber de comportarse socialmente sin causar perjuicio a nadie, no cabe sino una reparación que cubra todos los daños que experimenta la víctima. Causalmente el daño proviene de un comportamiento intencional o negligente, imprudente o inexperto por parte del autor del ilícito civil.

Creemos nosotros que las razones antes expuestas no pueden invocarse en el campo de la responsabilidad contractual. Entre sus disposiciones no existe un principio general que permita extender la reparación de los perjuicios a todos ellos. Es más, al tratarse sobre la composición de la indemnización de perjuicios, el artículo 1556 del Código Civil señala textualmente que: **"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"**. La alusión de la ley al daño emergente y lucro cesante es claramente indicativa de que en materia contractual sólo procede la reparación de los perjuicios patrimoniales, quedando al margen los perjuicios extrapatrimoniales. Curiosamente se ha argumentado que si bien el artículo 1556 se refiere sólo a los perjuicios materiales, no prohíbe la indemnización del daño moral. Los términos imperativos en que se encuentra redactada esta disposición parecen demostrar que la indemnización de perjuicios, en el ámbito contractual, no puede extenderse sino a las categorías indicadas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina jurídica se inclina por reconocer la reparación del daño moral en el ámbito contractual, posición que ha adoptado, según analizaremos más adelante, nuestra jurisprudencia.

Siguiendo la argumentación anterior, en este campo sí existe una relación jurídica anterior entre dañador y dañado, un "deber de conducta" asumido por una o ambas partes, una prestación definida en el contrato y una normativa que regula el comportamiento que deben asumir ambas partes. ¿Puede en este contexto asimilarse la situación de ambos tipos de responsabilidad? Se diría que en el campo de la responsabilidad contractual se delimita de manera considerable el deber jurídico a un determinado comportamiento (la obligación que se incumple o se cumple imperfectamente o se retarda su cumplimiento).

A nuestro juicio, no es posible asimilar la responsabilidad en campos tan disímiles como la relación contractual y extracontractual. No obstante, nos parece evidente que en ciertos contratos (no en todos por cierto) predominan prestaciones con contenido moral, en los cuales se minimiza su importancia pecuniaria. Así ocurre con uno de los ejemplos clásicos dado por los autores: si una persona, en un contrato de depósito, confía a otra el cuidado de recuerdos de familia (fotos y cartas), el incumplimiento de este contrato no acarreará prácticamente daños materiales, pero sí provocará importantes daños de carácter moral, al perderse bienes de muy preciada importancia afectiva. Por consiguiente, la indemnización del daño moral queda reservada sólo respecto de aquellas obligaciones (prestaciones) de contenido y proyección moral, ya que su infracción acarrea consigo una lesión en la esfera íntima de la persona afectada. Por lo mismo, el incumplimiento contractual, por sí solo, no compromete la responsabilidad que se sigue del daño moral, sino sólo en aquellos casos en que la obligación tenga, desde su génesis, un alcance, sentido o proyección extrapatrimonial. En otras palabras, creemos nosotros que sólo puede reclamarse indemnización por daño moral cuando se ha incumplido una obligación contractual de contenido extrapatrimonial.

Por otra parte, no puede perderse de vista que, generalmente, el contrato tiene efectos puramente económicos entre los contratantes, lo cual induce a pensar que son las consecuencias de este tipo las únicas que se han debido prever al momento de contratar. En el campo de la responsabilidad extracontractual resulta imposible prever los daños a que se está expuesto y que pueden sufrirse, razón suficiente para justificar el principio de *reparación integral*. Pero no sucede lo mismo en el campo de la responsabilidad contractual, ya que pueden las partes prever con precisión los daños que están implicados en el incumplimiento, abriéndose, además, la posibilidad, de calcular los perjuicios con antelación (cláusula penal), lo que demuestra la previsibilidad de los mismos. De aquí que hayamos escrito sobre este particular que:

“En lo relativo a la responsabilidad **contractual**, los daños indemnizables están ‘programados’ y sólo se extienden a los que son consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, distinguiéndose entre perjuicios previstos e imprevistos sólo para los efectos de agravar la responsabilidad del deudor que incumple dolosamente. Por consiguiente, los daños están delimitados desde el momento mismo en que se contrae la obligación. En este aspecto la obligación contractual asegura al deudor un marco que le permite medir los efectos del incumplimiento. Esta circunstancia hace posible, por ejemplo, que el deudor, en determinadas condiciones, opte consciente y deliberadamente por incumplir la obligación, lo cual ocurrirá cuando los daños de que es responsable y deberá indemnizar sean inferiores al costo que le reporte el cumplimiento. Lo anterior es impensable en materia extracontractual, porque la medida anticipada de los daños resulta imposible de prever. Este carácter de la responsabilidad contractual ha hecho decir algunos comentaristas partidarios del análisis económico del derecho, que todo contrato conforma un estatuto incompleto, lo cual da pie a la intervención del juez para buscar entre las partes una justa ecuación entre el daño que importa el incumplimiento (para el acreedor) y el costo del cumplimiento (para el deudor). Lo anterior sólo puede plantearse en el derecho anglosajón, ya que entre nosotros opera la intangibilidad del contrato (artículo 1545 del Código Civil, que recoge el principio *pacta sunt servanda*), lo cual impide al juez alterar lo convenido por los contratantes”.<sup>66</sup>

Como puede comprobarse, no es erróneo sostener que la indemnización por daño moral debe enfocarse de manera distinta, según se trate de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. Nosotros no rechazamos que la reparación se extienda al daño moral en el campo contractual, pero delimitándola a las obligaciones de contenido extrapatrimonial desde el momento mismo de su génesis. En esta materia –responsabilidad– debe atenderse a la capacidad de previsión de las partes respecto de los efectos de las obligaciones. Si las partes, al momento de contratar, previeron o debieron prever los daños que se seguirían del incumplimiento, no puede la indemnización extenderse más allá de lo previsto. De aquí que la reparación sea siempre restringida –programada– en el campo contractual e integral en el campo extracontractual.

Creemos nosotros que lo afirmado en lo precedente se encuentra reconocido en nuestro Código Civil a propósito de la reglamentación de la llamada “cláusula penal”. El artículo 1544 se ocupa de la rebaja de esta caución cuando ella es enorme. La disposición distingue si la obligación tiene contenido patrimonial (“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad

<sup>66</sup> Pablo Rodríguez Grez. *Nuevas tendencias de la responsabilidad*. Capítulo “De la responsabilidad delictual de los contratantes”. Ediciones Abeledor Perrot. Thomson Reuters. Año 2011. Pág. 186.

determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada...”) y extrapatrimonial (“La disposición anterior no se aplicará al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda el máximo de interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciera enorme”. Al referirse la ley a las obligaciones **“de valor inapreciable o indeterminado”**, parece evidente que se incluyen en ellas las de contenido extrapatrimonial, puesto que no son susceptibles de evaluarse (apreciarse) pecuniariamente. La fórmula que se adopta para resolver esta situación consiste en facultar al juez para que, obrando prudentemente, modere su cuantía. Otro tanto podría decirse de lo previsto en el artículo 659 del Código Civil, al tratar de la **accesión de una cosa mueble a otra**. En dicha norma se reconoce la mayor importancia que debe darse a las **“cosas que tuvieren para su dueño una gran valor de afección”**. Es llamativo el hecho de que el Código, al comparar las cosas con valor patrimonial y las cosas con valor de afección opta por dar mayor importancia y significación a éstas por sobre aquéllas.

Por consiguiente, nuestro planteamiento tiene asidero en la legislación común.

#### **IV. Naturaleza de la indemnización del daño moral**

Esta es, probablemente, la cuestión medular y más controvertida sobre el daño moral. Se trata de determinar cuál es la naturaleza de dicha indemnización y cómo se la puede calificar. De la respuesta que se dé se desprenderán muchas de sus características.

Sobre esta cuestión se han planteado numerosas concepciones. Nosotros creemos que tres de ellas son las que mayor acogida tienen en el pensamiento jurídico y asidero en nuestro sistema normativo.

En primer lugar, se ha considerado la indemnización del daño moral como el **resarcimiento efectivo** de que es objeto la víctima cuando experimenta un daño de esta especie. Por lo tanto, el daño moral no es más que la reparación (compensación) indemnizatoria de un daño efectivo.

En segundo lugar, se ha estimado que la indemnización por daño moral es una **pena punitiva** que sufre el autor del daño.

En tercer lugar, se ha calificado como una asignación **“satisfactiva”** destinada a atenuar o mitigar el daño moral.

Analizaremos separadamente cada una de estas corrientes para precisar cuál de ellas se aviene mejor con nuestro ordenamiento jurídico, en especial atendido el hecho de que no existe disposición legal que se refiera derechamente a esta materia, quedando la cuestión entregada a las consideraciones de la doctrina jurídica.

### A. El daño moral como resarcimiento de un perjuicio efectivo

El daño moral afecta intereses o derechos extrapatrimoniales que no pueden tasarse pecuniariamente atendida su naturaleza. El daño, como se dijo en lo precedente, afecta la esfera íntima de la persona humana, a la cual se llega en razón de la virulencia de la agresión de que es objeto la víctima. Por consiguiente, hay un daño, en cuanto efecto disvalioso que admite compensación.

Creemos nosotros que la única forma de corregir esta situación es mediante una reparación dineraria (pecuniaria), porque el dinero tiene pleno valor liberatorio, de suerte que los derechos e intereses extrapatrimoniales pueden compensarse económicamente, entre otras razones porque no existe otro medio equivalente. El dinero tiene la capacidad de sustituir todos los bienes por medio de cálculos, ajustes, razonamientos y tasaciones de la más diversa índole, muchos de los cuales se han ido perfeccionando con el correr del tiempo. No se trata de una posición “**mercantilista**”, como más de alguien ha sostenido, sino de hallar un medio que no deje en la impunidad a quien causa un daño real, pero difícil de precisar monetariamente. Lo contrario importa una excusa para impedir la reparación de un disvalor provocado y real.

Los autores ponen de manifiesto lo injusto y poco razonable que resulta que un hecho de orden práctico (tasación pecuniaria del daño moral) resulte determinante para la aceptación de un resarcimiento de esta especie. Ramón Daniel Pizarro, luego de analizar los factores que inducen a aceptar el resarcimiento pecuniario del daño moral, concluye con el siguiente párrafo:

“Concluimos con los Mazeaud y Tunc afirmando que en el Derecho moderno se impone la plena reparación del daño moral con sentido netamente resarcitorio, pues parece...chocante en una civilización avanzada como la nuestra que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”.<sup>67</sup>

Nos parece de toda evidencia que el único bien capaz de sustituir intereses y derechos o bien compensar su lesión, es el dinero. No disponemos de otro recurso y el daño moral, según se admite unánimemente en el día de hoy, no

<sup>67</sup> Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 111.



puede quedar impune. Por muchas que sean las imperfecciones que implique la determinación pecuniaria de los perjuicios morales, ellas serán siempre menores que dejar estos daños sin reparación de ninguna especie.

Por consiguiente, la indemnización del daño moral es perfectamente equivalente a la indemnización del daño pecuniario, con la sola salvedad de las dificultades que enfrenta su determinación.

## **B. La indemnización del daño moral como pena privada o pena punitiva**

Para algunos autores la única justificación posible de la indemnización del daño moral radica en la concepción de que se trataría de una pena punitiva. A este respecto, Marcelo Barrientos Zamorano sostiene, citando a Starck:

*"...las condenas por daño moral tienen una concepción punitiva para el autor del daño y resarcitoria o satisfactoria para la víctima del mismo. El antecedente de estas ideas es SAVIGNY, que en su tiempo señaló que la pena privada tiene la doble función de reparación e intimidación del culpable.*

*"No se divisa en principio inconveniente para esta doble función de la indemnización por daño moral, porque se protegen de acuerdo a sus defensores los bienes de la persona contra los ataques y lesiones de los mismos. STACK señala que la jurisprudencia no puede cerrarse a la realidad indiscutible de que existe en el que ha padecido un perjuicio, en particular si es moral, un resentimiento contra el responsable y, por ende, un deseo de venganza.*

*"En los detrimentos morales la reparación se equipara a sanción en el aspecto represivo, luego la pena, aunque no sea un concepto feliz, está implícitamente presente. No se puede negar, según estos autores, que la víctima quiera de alguna manera vindicar y castigar la conducta que le ha producido un daño, todo ello como debe ser, en un Estado de Derecho, a través de la acción de los tribunales de justicia".<sup>68</sup>*

No obstante las buenas razones que puedan aducirse, nos parece indiscutible que en nuestro derecho no cabe el concepto de sanción punitiva para determinar la naturaleza de la indemnización de perjuicios por daño moral. Para dar cabida a esta concepción sería necesario, a lo menos, admitir que la "pena" se consagraría en beneficio de la víctima y que ella se basa en una norma expresa (hoy inexistente) que define y califica la sanción. A nuestro juicio, la sanción es siempre una conducta de reemplazo, equivalente al incumplimiento de la obligación quebrantada (hecho lesivo) que debe hallarse descrita en una dispo-

<sup>68</sup> Marcelo Barrientos Zamorano. Obra citada. Pág. 51.

sición legal. A propósito de ello, el juez, único encargado de aplicar la sanción y, por lo mismo, construir la "conducta de reemplazo", dispone de un arsenal de medios (especialmente en materia penal), ninguno de los cuales concurre en este caso (indemnización de perjuicios, restituciones, reembolsos, etcétera). En consecuencia, respecto de la indemnización del daño moral no se divisa la presencia de dichos elementos, ya que no nos hallamos ante una conducta de reemplazo, ni existe equivalencia estricta entre el daño y su reparación, ni mucho menos puede invocarse una disposición legal que autorice este tipo excepcional de sanción.

La concepción jurídica con que se pretende justificar la existencia de una pena punitiva, por lo tanto, no nos parece convincente en el marco de nuestra legislación, aun cuando para legitimarla se plantee derechamente que la indemnización sería resarcitoria o satisfactiva para la víctima y punitiva para el dañador.

### **C. Indemnización del daño moral como asignación "satisfactiva" destinada a mitigar el perjuicio causado**

Finalmente, citaremos la concepción del daño moral que lo presenta como una asignación pecuniaria otorgada a la víctima del daño moral a fin de atenuar los efectos del mismo. Se trataría, se dice, de facilitar al lesionado la adquisición de beneficios y placeres que, sin eliminar ni compensar el perjuicio causado, le permita reorientar su vida y superar, aun cuando parcialmente, el trance que lo afecta. Así, por ejemplo, la vida de un ser querido, la deshonra o la dignidad mancillada, no pueden compensarse ni resarcirse pecuniariamente, pero pueden mitigarse sus efectos teniendo acceso a otros bienes que la víctima normalmente no tenía posibilidad ninguna de adquirir.

Particularmente interesante resultan las observaciones que sobre este punto formula doña Carmen Domínguez Hidalgo:

"Entendida de ese modo la reparación, puede decirse que tampoco se preciaría distinguir, como suele hacerlo la doctrina, entre la función satisfactiva que cumple la indemnización en el caso de los daños morales y la función compensatoria que tiene en las hipótesis de perjuicios patrimoniales, porque, en verdad, su rol es siempre el mismo, como lo es, por lo demás, el de la propia responsabilidad civil. La reparación pecuniaria es siempre una compensación que no persigue borrar el perjuicio, cosa imposible, sino procurar con la atribución de una determinada cantidad de dinero las satisfacciones que la víctima o acreedor estimen del caso. Gráficamente podría decirse, siguiendo las ideas de HEBRAUD, que la reparación es siempre compensatoria, y lo que es satisfactorio es la entrega de una suma de dinero.

“En verdad, la calificación de ‘satisfactoria’ de la reparación por daño moral sólo es válida cuando con ella se pretende expresar que la suma de dinero otorga a la víctima una satisfacción distinta a la que se obtiene cuando se busca resarcir un daño de orden económico. En el primer caso, la indemnización es un medio para que se procure alegrías o goces que le ‘compensen’ de algún modo tal lesión, y la satisfacción se logra, por tanto, por vía indirecta. Siguiendo la definición casi paradigmática del Tribunal Supremo español, ‘la reparación del daño o sufrimiento (...) va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado’. En el segundo, en cambio, la satisfacción viene proporcionada directamente por la sola entrega de una cantidad que es bastante para reintegrar el patrimonio afectado”.<sup>69</sup>

Podría sostenerse que mientras la esfera patrimonial del lesionado se enriquece, la esfera personal íntima se debilita. Lo que la indemnización procura, entonces, es una transferencia de valores que presenta una muy curiosa peculiaridad: el reemplazo opera entre valores patrimoniales y valores extrapatrimoniales mediante el pago de una cantidad de dinero, único bien que tiene un poder liberatorio absoluto y general. Es aquí, precisamente, donde surge el problema medular: un derecho o interés extrapatrimonial no puede tasarse en dinero, porque lo impide su naturaleza, tanto más cuanto que dicha tasación debería considerar los rasgos propios de cada individuo. Ante este impedimento sobrevienen las teorías que buscan una respuesta coherente.

Como puede apreciarse, existen numerosas explicaciones jurídicas para configurar la naturaleza de la indemnización por daño moral. A nuestro juicio, en estricto derecho, es difícil justificarla, atendida la circunstancia de que no resulta posible sustituir, con la debida y justa equivalencia, la lesión de un derecho o interés extrapatrimonial, mediante la asignación de una cantidad de dinero, recurso destinado esencialmente a la reparación o compensación de perjuicios de carácter pecuniario. Con todo, forzoso es reconocer que no deben dejarse de lado perjuicios tan importantes como aquellos que dan lugar a la indemnización por daño moral. En cierta medida, los juristas, en los diversos planos en que se desempeñan, han debido enfrentar esta situación en ausencia de disposiciones legales que les permitan fundamentar la indemnización del daño moral con mayor rigor. Lo ocurrido en Chile ha sucedido también en otras latitudes. Por lo tanto, con un evidente sentido pragmático, debemos optar por aquella concepción que mejor se ajuste a nuestro sistema normativo. Desde esta óptica, resulta evidente que la indemnización de perjuicios tiene siempre un carácter compensatorio, puesto que se basa en la necesidad de resarcir un daño. Pero la prestación (monto dinerario) no tiene ni la naturaleza ni la

<sup>69</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 162.

idoneidad para hacerlo desaparecer ni total ni parcialmente. Ante esta realidad, resulta evidente que la indemnización apunta a proporcionar a la víctima beneficios "satisfactivos", llamados, como se dijo, a lograr sólo la mitigación del daño producido.

Por otra parte, no puede desdeñarse la circunstancia de que el daño moral se mantiene a través del tiempo, no cesa, incluso más, es posible que aumente. Por lo mismo, se trata de un daño sustancialmente distinto del pecuniario o material. Esta circunstancia servirá para apreciar la cuantía de la indemnización, ante la posibilidad de que el perjuicio se profundice y extienda.

No se requiere de mucha suspicacia descubrir que un daño de tan compleja naturaleza se preste para abusos y excesos, sea porque sus autores lo minimizan o sus víctimas lo magnifican. Es por ello que la posición del juez pasa a ser determinante a la hora de establecerlo y más aún a la hora de cuantificarlo.

A nuestro juicio, como lo hemos señalado en otros trabajos sobre la materia, la indemnización del daño moral en el derecho chileno debe calificarse de "compensatoria" y "satisfactiva", dado que, por un lado, tiende a sustituir un interés o derecho lesionado y, por el otro, a proporcionar a la víctima los únicos beneficios que son dable concebir tratándose de la afectación de derechos e intereses extrapatrimoniales. Rechazamos, de plano, la posibilidad de considerar esta indemnización como una *pena privada* establecida en beneficio de la víctima, asilados en el hecho de que no existe ley que lo determine, siendo las sanciones consecuencias jurídicas de derecho estricto.

Como lo analizaremos más adelante, nuestra jurisprudencia no ha asumido una posición única y uniforme acerca de esta materia. Tampoco la doctrina ofrece un panorama concordante. Mucho menos se ha intentado enfocar esta cuestión por la vía de una reforma (o regulación legislativa). Lo anterior justifica los esfuerzos que periódicamente se realizan en busca de una posición sostenible y compartida.

No deben olvidarse las anomalías y abusos que este derecho ha provocado en otras naciones. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha intentado limitar por ley este tipo de reparaciones, atendidos los excesos que se producen a la hora de determinar el monto del perjuicio indemnizado. Lo anterior ha sucedido, especialmente, porque en aquella nación existen las llamadas penas punitivas (con fines ejemplarizadores), las que no se hallan reguladas en nuestra legislación.

Debemos reconocer que sobre esta materia, hoy día crucial en el campo de la responsabilidad, hay una **laguna legal**. El daño moral, salvo aisladas disposiciones en nuestro Código Civil y en leyes especiales, no ha sido regulado en

el sistema jurídico chileno. Esta constatación abre la posibilidad de “integrar” la laguna legal, construyendo una norma jurídica (ideal y supuesta) que sirva de fundamento a la sentencia que determina este tipo de indemnización. A dicho propósito concurren las exigencias que pesan sobre el juez conforme al “principio de inexcusabilidad”, hoy de rango constitucional. Por lo tanto, para justificar y fundamentar su decisión, el tribunal competente puede valerse de elementos que, hasta hoy, no han sido considerados por la doctrina jurídica. El daño moral, no obstante presumirse de manifestaciones externas del lesionado (angustia, dolor, depresión, decaimiento, etcétera), susceptibles de acreditarse, existe y reviste una gravedad especial que, como lo reconocen los autores, sería inicuo dejar de reparar. A partir de esta constatación, es posible construir la norma a que nos referíamos y que servirá para fundamentar y dar valor a la sentencia que se pronuncie sobre la materia.<sup>70</sup>

El primer elemento a que debe recurrir el intérprete para llenar una “laguna legal” es la **analogía**. Resulta razonable afirmar que si el daño moral implica una lesión que afecta derechos e intereses extrapatrimoniales que se hallan incorporados a la personalidad humana, deben asimilarse estas consecuencias a la lesión de aquellos derechos e intereses de carácter patrimonial propios de otra esfera de la misma personalidad. Por ende, los principios y exigencias generales que regulan la indemnización de perjuicios servirán también para decidir sobre la reparación del daño moral. El solo hecho de tratarse de perjuicios de diversa índole, por encontrarse los bienes afectados incorporados en una u otra esfera de la personalidad, no excluye la posibilidad de aplicar la analogía, puesto que los elementos constitutivos del derecho a ser resarcido, no siendo los mismos, son indudablemente semejantes y se encuadran en un mismo fin: compensar la lesión de que se es víctima. Si se observa atentamente, se concluirá que la diferencia entre la indemnización de perjuicios proveniente de un daño patrimonial y de un daño extrapatrimonial sólo radica en la naturaleza del perjuicio. En lo demás puede sostenerse una identidad plena.

El segundo elemento de integración son los **principios generales de derecho**. No puede ignorarse la circunstancia de que todo perjuicio que se cause por dolo o culpa debe ser reparado por su autor y que el menoscabo de un derecho o interés legítimo altera las bases de una convivencia establecidas por el sistema normativo. Es cierto que este principio está recogido en nuestro Código Civil a propósito de la reglamentación de la responsabilidad extracontractual. Pero no lo es menos que se ha abierto camino la indemnización del

<sup>70</sup> Cabe consignar sobre esta materia que nuestros tribunales han sido tímidos a la hora de detectar “lagunas legales” e integrarlas de acuerdo a las normas interpretativas universalmente aceptadas. Algunas sentencias, por ejemplo, han recurrido a la “equidad natural”, como elemento de integración de lagunas legales, pero sin una fundamentación que sirva para sostener doctrinariamente la procedencia de este elemento. Se echa de menos un planteamiento jurisprudencial que enriquezca las facultades integradoras de los tribunales de justicia.



daño moral sobre la base de que no puede excluirse un perjuicio de considerable magnitud, por el solo hecho de afectar bienes que no forman parte del patrimonio material. No se advierte cómo podría restablecerse el equilibrio que supone toda relación jurídica, cualquiera que sea su contenido, si se entraba la posibilidad de reparar perjuicios a los derechos e intereses extrapatrimoniales. Tampoco puede negarse que, al rechazarse la reparación del daño moral, el infractor quedaría eximido de responsabilidad, lo cual importa una forma de "enriquecimiento injusto" que repugna nuestro derecho.

Finalmente, el intérprete, forzado a integrar la "laguna legal", a falta de los elementos mencionados (los cuales se fundan en la aplicación del sistema jurídico), deberá recurrir a la **equidad natural**. Recurso de clausura que se ha definido como "*un sentido (en cuanto entendimiento o razón o modo particular de entender una cosa o juicio que se hace de ella) intuitivo de justicia aplicada a un caso o situación concreta, con prescindencia del derecho positivo*".<sup>71</sup> Varios autores han puesto acento en la necesidad de consagrar la reparación del daño expatrimonial, puesto que resulta inicuo excusarlo a pretexto de las dificultades que envuelve su tasación o el carácter interno que lo caracteriza. De aquí que insistamos en que, si el sistema jurídico no reglamenta esta reparación, con la acuciosidad que lo hace a propósito de la responsabilidad contractual y extracontractual, ello no implica que, por la vía interpretativa, pueda reconocerse, invocando los elementos llamados a llenar el vacío legal.

## V. Tasación del daño moral

Tropezamos en este capítulo con otro problema complejo y difícil de resolver, ya que, como queda dicho, la naturaleza del perjuicio expatrimonial se caracteriza, precisamente, por no ser evaluable en dinero. De aquí que muchos autores insistan en que es imposible compensar o resarcir este tipo de perjuicios, inclinándose por la tesis de dar a este tipo de reparación el carácter de "pena privada" o de prestación "satisfactiva". Ambas corrientes, a nuestro juicio, aisladamente, alteran el sentido y alcance que debe darse a la indemnización de perjuicios. De aquí que hayamos optado por darle el carácter de "compensación satisfactiva", para caracterizarla dentro de un género determinado y una especie particular.

Insistamos, además, en que el dinero es el único instrumento con poder liberatorio absoluto y el medio de intercambio que se emplea en la vida social para ejecutar la multitud de prestaciones que realizamos, cualquiera que sea su contenido.

<sup>71</sup> Esta definición fue formulada en el libro *Teoría de la Interpretación Jurídica*, publicado en una primera edición el año 1990 por el autor y posteriormente por la Editorial Jurídica de Chile en sucesivas ediciones en la Colección de Manuales Jurídicos.

Por lo tanto, la reparación del daño moral valiéndose del dinero no hace sino ratificar lo que sucede en la vida social y lo que usualmente admitimos como legítimo y práctico. Que no exista certeza sobre que la indemnización del daño moral compense al afectado o consiga hacer desaparecer el perjuicio, no puede constituir un obstáculo para rechazarlo. Coincidimos con los autores cuando sostienen que "peor sería negarse a indemnizar el daño moral que errar en su tasación". Algo semejante ocurre cuando sostenemos que "es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente". El derecho, lamentablemente, nos presenta con frecuencia este tipo de disyuntivas que deben enfrentarse sobre la base de los grandes principios que informan el sistema jurídico.

Ahora bien, no existen parámetros objetivos que permitan una tasación estricta y ajustada a la realidad. ¿Cómo valorizar económicamente la pérdida de un ser querido, o la lesión a la dignidad, o a la honorabilidad, o a la seguridad, o el sufrimiento, el decaimiento, el estrés, la angustia, la ausencia del deseo de vivir, etcétera?

### 1. Daños morales "puros" y daños morales "por repercusión"

Comencemos por distinguir los daños morales "**puros**" y los daños morales "**por repercusión**". En este último caso, la tasación del perjuicio puede determinarse con cierto rigor. Así ocurre tratándose de la pérdida de capacidad laboral por causas psicológicas provocadas por la lesión de valores extrapatrimoniales, las dificultades por falta de entusiasmo para llevar adelante una actividad productiva, el decaimiento que se experimenta para enfrentar un cierto proyecto de vida, etcétera. Estos perjuicios se ubican en la frontera de los daños materiales, ya que todos ellos inciden, en mayor o menor medida, en la adquisición o conservación de bienes materiales y pueden calcularse conforme el rendimiento que usualmente se asigna a su realización. Nada impide, por vía de ejemplo, probar que un cierto proyecto se frustró por el impacto que experimentó la víctima como consecuencia de la repercusión que tuvo en él la lesión sufrida. Surge a propósito de este daño el problema de la **causalidad**, ya que bien se puede sostener que la lesión extrapatrimonial es una "concausa", insuficiente por sí sola para generar responsabilidad.

A la inversa, el daño moral "puro" está desconectado de incidencias económicas, aun cuando es imposible independizarlo absolutamente del daño "por repercusión", porque siempre existirá, aun cuando sea en mínima cuantía, una cierta interrelación. Pero lo que determina su "pureza" es la aparente autonomía de toda proyección económica directa. El sufrimiento moral o físico, la angustia, la desesperación, la pena, el dolor, el desconsuelo, etcétera, no tienen una valorización económica precisa y certera, carece de toda lógica intentarlo siquiera, porque se trata de bienes de diversa naturaleza e índole ontológica.

Como es obvio, la tasación del daño moral "puro" constituye un desafío para el juez encargado de apreciarlo.

## 2. Daño moral en el ámbito contractual y extracontractual<sup>72</sup>

En lo sustancial, creemos nosotros que mientras en el ámbito de la responsabilidad extracontractual impera el principio de la reparación "integral", en los términos consagrados en el artículo 2329 del Código Civil, en el ámbito de la responsabilidad contractual la indemnización del daño moral sólo procede respecto de aquellas obligaciones con proyección o contenido extrapatrimonial. En otros términos, el ilícito civil importa siempre el quebrantamiento del deber de "no causar culpable o dolosamente daño a otra persona" (*neminem laedere*), caso en el cual deberán indemnizarse todos los perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del ilícito. En materia contractual deben indemnizarse los perjuicios provenientes, única y exclusivamente, del incumplimiento de la obligación contraída, y sólo cuando ésta tenga un contenido extrapatrimonial, se responderá también del daño moral. Descartamos, en consecuencia, la indemnización del daño moral tratándose de obligaciones "neutras" desde el punto de vista de su contenido extrapatrimonial. Generalmente, casi sin excepción, junto al daño moral concurrirá el daño material, por mínima que sea su cuantía, pero una cosa no es condición de la otra. Este planteamiento pone acento en el hecho de que quien celebra un contrato y asume, por consiguiente, una obligación, no puede prever mayores consecuencias que aquellas que se encuentran implícitas en el "deber de conducta" aceptado. Por lo tanto, sería injusto y desalentaría a los contratantes la imposición de obligaciones de cuantía indeterminada, imposible de prever, puesto que, como se analizará más adelante, el resarcimiento del daño moral depende de una serie de factores, muchos de los cuales tienen carácter subjetivo.<sup>73</sup> Creemos nosotros que existe un interés general en estimular el tráfico jurídico, fuente de enriquecimiento y desarrollo, razón por la cual el derecho contractual refuerza los factores que dan estabilidad y seguridad a las relaciones jurídicas. De aquí nacen las diferencias que advertimos entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual y el fundamento de nuestra posición de limitar el daño moral en el campo contractual a las obligaciones en que la prestación tenga contenido extrapatrimonial.

<sup>72</sup> Hemos tratado del daño moral en dos libros sobre la responsabilidad civil. El primero *Responsabilidad extracontractual* (páginas 327 y siguientes), año 1999; y el segundo *Responsabilidad contractual* (páginas 237 y siguientes), año 2003. Ambas publicaciones de la Editorial Jurídica de Chile. Mantenemos en este trabajo nuestra posición sobre la materia, sin perjuicio de aportar otra sistematización y renovar algunos planteamientos.

<sup>73</sup> Esta materia se halla extensamente analizada por Carmen Domínguez Hidalgo en su obra *Daño Moral*, antes citada, en el Capítulo 3° del Tomo I, sobre "La patrimonialidad de la prestación y el daño moral". Págs. 170 y ss.

### **3. Factores que inciden en la determinación o cuantificación del daño moral**

Tradicionalmente se ha enunciado una multiplicidad de factores que sirven para la determinación del *quantum* del daño moral.

En otros trabajos hemos señalado los siguientes factores, referidos a los diversos elementos que intervienen en esta relación jurídica.

#### ***A. Criterios generales de valoración del daño moral***

- i. Doctrina que determina el daño moral en relación al daño patrimonial.
- ii. Doctrina que determina la cuantía del daño moral en función de la gravedad de la falta.
- iii. Doctrina que valora el daño moral sobre la base de criterios puramente subjetivos del juzgador.
- iv. Doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado.
- v. Doctrina que determina el daño moral atendiendo a los llamados placeres compensatorios.
- vi. Doctrina que atiende a la falta y la entidad objetiva del daño.

#### ***B. Sobre el hecho ilícito***

- i. La gravedad objetiva del atentado.
- ii. La posición subjetiva del autor del daño (según se trate de un hechor que actúa dolosa o culpablemente).
- iii. El espíritu de lucro asociado al daño que se causa.
- iv. La perversidad psicológica del hechor.
- v. Externalidades del acto y consecuencias sociales del mismo.

#### ***C. Sobre el derecho o interés lesionado***

- i. Naturaleza del derecho o interés afectado.

- ii. Carácter de la víctima (según se trate de un daño a la víctima directa o un tercero a quien alcanza el daño por repercusión).
- iii. Proyección del daño en el tiempo.

#### ***D. Sobre la calidad y condición de la víctima y el victimario***

- i. Grado cultural del dañador y sus condiciones síquicas.
- ii. Características de la víctima, en su sensibilidad, su sexo, su edad, su posición en la sociedad, etcétera.
- iii. La situación económica del dañador.

Como puede observarse, el juez dispone de un arsenal de elementos referidos al daño, a los derechos e intereses lesionados, al dañador y al dañado, incluso, a la situación y la víctima y el responsable.

Con todo, creemos útil poner acento en algunos de estos factores, a los cuales atribuimos mayor importancia tratándose de una lesión extrapatrimonial.

**En primer lugar, debe considerarse el carácter, virulencia y agresividad del hecho que motiva el daño.** No puede evaluarse de la misma manera el daño provocado intencionalmente, que el daño que sobreviene por falta de diligencia y cuidado. Recuérdese que, a nuestro juicio, el daño moral se consume cuando la lesión es de tal envergadura que traspasa la esfera patrimonial y alcanza la esfera íntima extrapatrimonial de la víctima. No reacciona de la misma manera quien es objeto de una agresión voluntaria y premeditada, que quien es víctima de un hecho culposo. No se trata de dar un alcance punitivo a la reparación del daño moral, sino de representarnos la reacción del dañado ante la lesión. Tan evidente nos parece lo que planteamos que, incluso, en el campo contractual, el incumplimiento doloso agrava la situación del deudor, haciéndolo responsable de los perjuicios previstos e imprevistos que sean consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

**En segundo lugar,** debe considerarse la entidad e importancia del derecho subjetivo que ha debido ser lesionado y que, como se señaló, constituye un presupuesto fundamental de la producción del daño moral. Volvamos sobre este punto. Para la causación del daño moral es necesario que acaezca un hecho antijurídico que consistirá en la **lesión de un derecho subjetivo** (el daño causado por un ilícito civil, el incumplimiento de una obligación contractual o de un deber de conducta impuesto en la ley). A partir de esta lesión a un derecho subjetivo se desencadenará el perjuicio que afectará bienes patri-



moniales o extrapatrimoniales (derechos o intereses legítimos). De aquí que hayamos sostenido que el daño moral es siempre **consecuencial, derivado y dependiente de la lesión de un derecho subjetivo cualquiera sea su naturaleza**. Lo señalado explica que pueda el daño moral presentarse como consecuencia de la infracción de un derecho subjetivo cualquiera éste sea: patrimonial o extrapatrimonial. Ahora bien, no todo derecho subjetivo tiene la misma entidad e importancia para su titular. El derecho a la honra, por ejemplo, para la mayoría de las personas, no puede compararse con el derecho de dominio, tratándose de la indemnización del daño moral. Por lo tanto, para la determinación del *quantum resarcitorio*, deberá considerarse la naturaleza y trascendencia del derecho subjetivo que desencadena el perjuicio que deberá indemnizarse.

**En tercer lugar**, para la determinación justa de la reparación, debe atenderse, además, a si la infracción del derecho subjetivo se produjo en el desarrollo de una actividad lucrativa o no lucrativa. En el primer caso, el daño es un costo de la función económica, una consecuencia de un afán de enriquecimiento que provocó daño a un tercero. En el segundo caso, salvo que se trate de un proceder doloso, la responsabilidad tiene como antecedente una acción en la cual no es dable suponer un propósito egoísta o un aprovechamiento circunstancial. Por ende, debe medirse de diversa forma una u otra situación cuando se intenta reparar un daño extrapatrimonial.

**En cuarto lugar**, no parece desdeñable considerar la situación económica del autor del daño, ya que no puede darse idéntico trato a quien resulta lesionado por quien dispone de recursos suficientes para encarar esta responsabilidad, que serlo por quien carece de bienes, haciendo, en definitiva, ilusoria la reparación que corresponde. Este factor, por cierto, provocará más de una crítica. Pero nos interesa precisar que va envuelto en él, en medida nada despreciable, el prestigio del derecho. De nada vale dictar una sentencia que ordena el pago de una indemnización cuantiosa cuando ella no puede cumplirse por la insolvencia del demandado. Adicionalmente, agreguemos que más de alguien sostendrá, lo que no parece disparatado, que los poseedores de medios de fortuna tienen una mayor responsabilidad social por las ventajas de todo orden de que gozan en la comunidad. Sea o no efectivo lo que indicamos, lo cierto es que el derecho debe esmerarse por dar sentido práctico a sus decisiones. Lo que no nos parece aceptable es apelar a la situación económica de la víctima, aun cuando la tendencia natural, en este tipo de reparaciones, sirva a fines redistributivos de la riqueza.

**En quinto lugar**, para la determinación del *quantum resarcitorio* debe considerarse especialmente la presunta continuidad y secuencia del daño moral. Como señalamos en las páginas precedentes, el daño moral puede desaparecer (lo cual no resulta fácil), atenuarse o aumentar con el correr del tiempo. No es

posible hacer un análisis riguroso y exacto sobre esta evolución, pero es posible presumir algunas de sus consecuencias en el tiempo.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca, autora peruana, escribe sobre el resarcimiento del daño inmaterial:

“Para cuantificar el daño moral o inmaterial, debe tomarse en cuenta no sólo las características de la víctima (edad, sexo) y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función afflictivo-consolatoria y convertirla, como tantas veces se ha dicho, en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto habitualmente es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede ocasionar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente) y, por lo tanto, acrecienta el daño moral.

“Es decir, la culpa o dolo debe evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil”.

Concluye esta autora reconociendo las dificultades que presenta la fijación de la reparación resarcitoria, señalando que:

“La decisión final no podrá llegar a ser ‘perfecta’ ni ‘exacta’, ni además logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como ‘dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma...’), lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, sino emplearlo conjuntamente con los demás criterios que se han señalado. Con ello, la decisión final se acercará mucho más a cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil, lo que, de ser así, logrará la finalidad preventiva, pues un sistema eficiente incentiva conductas socialmente deseables, que son las de prevención”.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Roxana Jiménez Vargas-Machuca. *Resarcimiento del daño inmaterial*. Estudios de Derecho Privado. Libro en homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Editorial Jurídica de Chile. Año 2008. Pág. 252. La autora es Juez Titular Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y Profesora de la Academia de la Magistratura de Perú.

Los párrafos transcritos recogen muchos de los factores antes mencionados. Si bien es cierto que se alude a "*las características de la víctima*", no se hace referencia alguna al grado de sensibilidad de la misma, no obstante tratarse de una pauta que merece especial atención, atendiendo a la naturaleza del daño moral. Tampoco se mencionan las características del hechor, lo cual, en ciertos casos, juega un papel importante. No es lo mismo ser dañado por una persona ajena a la víctima que serlo por una persona que deba lealtad y gratitud al ofendido. Se dirá, con razón, que son muy numerosos los antecedentes de que puede valerse el juez para fijar la cuantía del perjuicio. Por lo mismo, se trata de destacar aquellos de mayor importancia y significación en la infinita multiplicidad de las situaciones que pueden ocurrir.

En síntesis, como observará el lector, a pesar de todos los inconvenientes y escollos para aceptar la procedencia de la indemnización de perjuicios respecto de bienes que no pueden tasarse patrimonialmente, es preferible esta imperfecta solución a dejar a la víctima del daño moral sin asistencia o apoyo alguno. La tarea fundamental recaerá, entonces, en los jueces. Serán ellos los llamados a ejercer no una facultad discrecional, como equivocadamente han sostenido algunos fallos, sino a ponderar el cúmulo de antecedentes y factores mencionados, en busca de un equilibrio que ha roto una lesión que, como se ha señalado, afecta la esfera íntima de la víctima.

## **VI. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales**

Para concluir este trabajo, comentaremos algunas sentencias pronunciadas sobre esta materia en el último tiempo.

Comencemos por señalar que nuestros tribunales de justicia no han establecido una doctrina sobre el daño moral lo cual, unido a la disparidad de criterios que se observa a la hora de fijar el monto de las indemnizaciones, ha transformado esta cuestión en un laberinto jurídico. No exageramos. Las decisiones respecto de esta cuestión acusan diferencias inaceptables que, por cierto, en nada prestigian el derecho. Creemos que bien vale la pena acometer un esfuerzo, no sólo para dar una cierta uniformidad a las decisiones sobre la materia, sino, también, para conceptualizar el daño moral. De los muchos antecedentes que describimos en el acápite anterior, que sirven para la determinación del llamado *quantum resarcitorio*, deberíamos saber con certeza cuáles son preponderantes, cuál es el criterio de la jurisprudencia respecto de cada uno de ellos, en qué forma debe caracterizarse el daño moral, cuáles son sus presupuestos, sus requisitos y exigencias. La jurisprudencia está en deuda, dificultando la sistematización de una cuestión cada día más relevante.

En las páginas siguientes nos limitaremos a transcribir y comentar algunas aseveraciones de nuestros tribunales superiores de justicia sobre el daño moral, a fin de conocer las ideas matrices que parecen predominar.

**En sentencia de 11 de diciembre de 2008, los Ministros señores Pedro Pierry y Héctor Carreño emitieron un voto disidente en el cual se manifiestan partidarios de anular de oficio un fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, dejando sin efecto una sentencia que otorgaba una indemnización por daño moral en materia contractual.**<sup>75</sup>

El considerando primero del voto disidente expresa lo siguiente:

**“Primero:** Que si bien se admite la indemnización del daño moral en la esfera de la responsabilidad contractual, tal como lo ha reconocido esta Corte, concediéndola, ello sólo ha sido admitido en aquellos casos en que las obligaciones a que da lugar el negocio contractual de que se trata no se limitan exclusivamente al logro de resultados puramente materiales o patrimoniales.

“En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en que la convención extiende su ámbito al resguardo y protección de bienes extrapatrimoniales o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio, sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc.

**“Segundo:** Que de esta manera, entonces, es posible explicar que si de ordinario el incumplimiento en este orden sólo lesiona de modo directo intereses económicos o concernientes al patrimonio del contratante acreedor, el Código Civil, en su artículo 1556, señala únicamente como rubros de lesión o detrimento a considerar en la evaluación judicial provocada por tal incumplimiento el daño emergente y el lucro cesante, ambos de indiscutible carácter material.

“Por el contrario, es posible afirmar que si el negocio afecta no sólo a derechos e intereses patrimoniales, su inejecución puede, causal y directamente, menoscabar derechos o intereses de una naturaleza puramente personal, propia de la intimidad del acreedor, circunstancia que hace posible el otorgamiento de una indemnización que repare el dolor o quebranto espiritual sufrido por el demandante.

**“Tercero:** Que en la especie, atendido el contenido y la naturaleza de la convención que origina la controversia –un contrato de ejecución de obras–

<sup>75</sup> Rol N°2367-2007 de la Corte Suprema.

las obligaciones a que ella dio lugar quedaron limitadas exclusivamente al resultado material de las mismas. Por ello, no resulta procedente acceder al daño moral solicitado por el actor en su demanda, como lo hizo la sentencia recurrida, pues en este caso no se dan los supuestos a que se ha hecho referencia en los motivos anteriores; y, en consecuencia, al acceder a su resarcimiento, los sentenciadores de la instancia han incurrido en una infracción del artículo 1556 del Código Civil, la que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y que sólo puede ser remediada mediante la invalidación del mismo”.

Creemos que es esta la doctrina correcta, ya que la responsabilidad contractual se funda en el incumplimiento de una obligación específica, debidamente descrita en la convención, de suerte que los perjuicios que provoca el incumplimiento están delimitados y no pueden extenderse sino a aquellos que derivan de dicho incumplimiento. En consecuencia, forzoso resulta reconocer que la indemnización por daño moral en materia contractual sólo alcanza a las obligaciones de contenido extrapatrimonial. Creemos que el voto disidente que comentamos expresa con precisión y claridad este planteamiento.

En sentencia de 17 de marzo de 2009, de la Corte Suprema,<sup>76</sup> recaída en recurso de casación en el fondo rechazado, considerando duodécimo, se expresa lo siguiente:

“Que, en todo caso, se reclama por este segmento el resarcimiento de los perjuicios por el daño moral ocasionado con el injusto, sin que se haya rendido prueba sobre este tópico, planteamiento que no puede prosperar dado que los acontecimientos probados no pueden sino causar profunda aflicción y dolor, sufrimiento que, a fin de procurar una reparación completa del daño experimentado, debe ser indemnizado, pero su regulación, habiéndose establecido los presupuestos fácticos que lo tornan procedente, la hace privativa y prudencialmente el tribunal, teniendo especialmente en consideración la calidad de las personas, la extensión del mal causado y las circunstancias en que se verificó el hecho, de modo que para ordenar su procedencia debe establecerse en el proceso el sufrimiento o dolor de la víctima, lo que desde luego origina dificultades para su apreciación pecuniaria, máxime si se trata de la pérdida definitiva de la hija y madre de los solicitantes, en circunstancias tan lamentables, pero una reparación monetaria de esta naturaleza sólo puede procurar, en lo posible, que el perjudicado tenga una satisfacción racionalmente equivalente. Así, sólo sobre la base de la prudencia y la equidad y apreciando legalmente los datos concurrentes que arroja el proceso acerca del perjuicio, debe expresarse el monto de la indemnización.

<sup>76</sup> Rol N°4538-08 de la Corte Suprema.



“Dentro de esta perspectiva los sentenciadores, en ejercicio de sus facultades, y el mérito de los antecedentes aparejados, que rola a fojas 292 a 294, 300, 301 y 309 a 311, regularon la referida pretensión en la suma de cincuenta millones de pesos, proceder que no resulta posible calificarlo contrario a derecho”.

La sentencia, en la parte trascrita, deja en evidencia una cierta confusión del Máximo Tribunal, puesto que no resulta claro si el daño moral se presume de las circunstancias en que ocurrió el injusto o debe ser acreditado y, en tal caso, cuáles son elementos que lo demuestran. Sobre este punto, parecen entender los falladores que el daño moral consiste en el “precio del dolor” (*pretium doloris*), posición superada por la doctrina y la moderna jurisprudencia. Lo que sí resulta rescatable es la decisión sobre que el monto de la indemnización por daño moral no es susceptible de revisarse por medio del recurso de casación en el fondo, correspondiendo su fijación a los tribunales del fondo. Nótese, en todo caso, que la sentencia reconoce que no se ha rendido prueba; asimismo que su determinación queda entregada privativamente a la prudencia del tribunal (lo que nos parece muy cercano a la determinación discrecional, como se ha sostenido en varios fallos, especialmente de carácter penal); y que la fijación del monto de la indemnización procura “una satisfacción racionalmente equivalente”. Ninguna de estas aseveraciones se aviene con la doctrina y los avances experimentados por esta materia en la actualidad.

En sentencia de la Corte Suprema de 2 de julio de 2009,<sup>77</sup> en fallo de reemplazo, una vez acogido un recurso de casación en la forma, se señala en el considerando séptimo:

**“Séptimo:** Que el daño moral, entendido por tal el sufrimiento, dolor o aflicción psicológica que lesiona el espíritu de afecto y de familia y que se manifiesta en pesadumbre y depresiones de ánimo, permite a este tribunal sin lugar a dudas presumirla de los antecedentes establecidos en los autos. En efecto, el actor, a pesar de prestar servicios al demandado por cuatro años, sin contrato escrito y sin cumplírsele las obligaciones de seguridad social, sufrió un accidente del trabajo que le ocasionó lesiones en su mano izquierda y la amputación de su dedo medio, motivo por el cual debió asistir a curaciones y a rehabilitación. Este daño corporal le produjo cambios no sólo en su anatomía, sino que también en su personalidad en la forma en que debe enfrentarse al resto de las personas y a su trabajo”.

Por justa que pueda parecer esta decisión, se vuelve a la presunción del daño moral, fundándola en las circunstancias que rodean el ilícito que se reprocha. Más aún, la Corte describe varias manifestaciones representativas de daño ex-

<sup>77</sup> Rol Nº2.118-2009 de la Corte Suprema.

trapatrimonial (pesadumbre, depresión de ánimo, sufrimiento, dolor, aflicción psicológica), sin aludir de manera alguna a las pruebas que lo demuestran. Acto seguido, obrando discrecionalmente, se tasa el daño moral en \$15.000.000, sin aludirse a ningún criterio que lo sustente, ni siquiera a la magnitud del daño patrimonial, a la conducta del demandado y los auxilios que debió brindar a su empleado, u otras circunstancias que rodean el caso.

En sentencia de reemplazo de la Corte Suprema de 26 de Noviembre de 2009,<sup>78</sup> considerandos quinto y siguientes, se establece, en lo relativo a la prueba y naturaleza del perjuicio en que se funda la pretensión indemnizatoria, la siguiente doctrina:

**“Quinto:** que, además, cabe recordar que la indemnización del daño –incluso el moral– requiere que sea cierto, esto es, que sea real y no hipotético, no existiendo método en nuestro ordenamiento jurídico para satisfacer este requisito, que no sea el de su demostración por los medios de prueba aceptados por la ley, desde que, mediante la prueba, se garantiza que el juzgador se encuentra convencido acerca de la verdad de las proposiciones de las partes en el proceso.

**“Sexto:** Que, acorde con esta premisa, para dilucidar si la parte que reclama la existencia del daño extrapatrimonial tiene derecho a ser indemnizada es menester determinar si ha probado los elementos invocados para darle sustentación”.

En los siguientes considerandos esta sentencia analiza la prueba rendida, concluyendo:

**“Décimo:** Que, así las cosas, quien ha formulado la pretensión no ha cumplido con la carga probatoria que le empecía, sin que pueda suponerse a priori el menoscabo efectivo por la sola existencia de las lesiones que sufrió la actora.

**“Undécimo:** Que, en consecuencia, no es posible acceder a la demanda, por no haberse comprobado la concurrencia de uno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, esto es, el daño. En tales circunstancias, resulta inoficioso referirse al análisis de los restantes requisitos de este tipo de responsabilidad”.

Como puede observarse, esta vez, se rechaza la posición anterior de acuerdo a la cual el daño moral debe (o puede) presumirse de las circunstancias que rodean el ilícito. En este caso, se exige que el afectado acredite, por los me-

<sup>78</sup> Rol N°1.436-2008 de la Corte Suprema.

dios de prueba establecidos en la ley, la existencia del daño, presupuesto de la certidumbre del mismo. No cabe duda que la doctrina seguida en este fallo es la correcta y que el daño moral debe ser acreditado, no obstante los obstáculos con que pueda tropezarse. De las contradicciones que denunciarnos, se sigue que la Corte Suprema parece sensibilizarse ante los hechos capaces de provocar daño moral y, en su afán por hacer justicia, sobrepasa los márgenes de la legalidad.

En sentencia de 18 de marzo de 2010 de la Corte Suprema,<sup>79</sup> recaída en recurso de casación en el fondo, fallo de reemplazo, considerandos segundo y tercero, se consigna la siguiente doctrina.

**“Segundo:** Que, sentado lo anterior, procede discurrir sobre los daños morales que aquel deterioro físico constatado y no discutido pudo haber irrogado a las demandantes lesionadas. En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia reiterada de esta corte de casación expresa que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona que es imputable a otra. Daño que, sin duda, no es de naturaleza propiamente económica y no implica, por lo tanto, un deterioro o un menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva. Atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como su monto.

**“TERCERO:** Que, entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas sentidas por un sujeto causan un sufrimiento, que no requiere de demostración. En efecto, el daño moral puede ser inferido a partir de circunstancias incuestionables, como son la aflicción del padecimiento que incuestionablemente le provoca a una persona la afectación de su integridad física.

“Lo anterior no es más que la aplicación práctica de la regla que la doctrina denomina **ipsa loquitur**, esto es, ‘la cosa habla por sí misma’, procedente de los ordenamientos del *Common Law*, de acuerdo al cual el mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación, de manera que si se produce un resultado dañoso que

<sup>79</sup> Rol N° 3.383-2009 de la Corte Suprema.

normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de la esfera de acción.

En la misma dirección debe tenerse en consideración que en la materia lo normal es lo que se presume y lo extraordinario lo que debe ser probado, y así la jurisprudencia ha señalado que: 'una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia de la misma desgracia' (CS.8.11.1944. RDJ t, XLII. Sec.1ª, 392").

Creemos que esta sentencia fija un criterio muy diverso del que corresponde, ya que postula, ni más ni menos, que el daño moral debe presumirse, atendida su naturaleza subjetiva y las diferencias que se observan respecto del daño patrimonial. No es esta, sin embargo, la doctrina que se desprende de nuestro sistema normativo. No rechazamos la posibilidad de que la Corte Suprema sustente, respecto del daño moral, una posición propia, mucho menos si ella se profundiza a través de los fallos de casación. Pero lo que no nos parece posible es una dispersión tan radical de las opiniones y los juicios. Se preguntará el lector cuándo debe entenderse que el daño moral debe ser probado y cuándo debe entenderse que se presume, qué características debe tener la lesión que provoca el daño moral para que "hable por sí mismo", cuáles son los padrones que sirven para la determinación de su cuantía, etcétera. Es efectivo que el problema –ya planteado– consiste en justificar la reparación de bienes extrapatrimoniales mediante la dación de bienes patrimoniales (el dinero es el más patrimonial de los bienes), con todo el fardo de inconsistencias que ello provoca. Es igualmente efectivo que se trata de un menoscabo subjetivo que hiere la esfera íntima de la persona, lo que dificulta la valoración dineraria de la lesión. Tampoco puede negarse que en las lesiones corporales se exterioriza con más fuerza la pérdida de valores extrapatrimoniales, induciendo a los sentenciadores a buscar correctivos que compensen, al menos en parte, la situación que enfrenta la víctima. Todos estos aspectos exigen un esfuerzo que, en el día de hoy, sólo puede provenir de la doctrina y la jurisprudencia.

En resumen, la jurisprudencia del tribunal de casación lejos de aclarar el problema lo enturbia, incurriendo en contradicciones y vacíos. Da la impresión de que cada sala de nuestro más alto tribunal de justicia tiene una idea propia sobre el daño moral y el estatuto que cabe aplicar a su respecto. No es este, ciertamente, el rol que cabe a un tribunal de esta especie, encargado de armonizar la interpretación (aplicación) de la ley y hacer posible la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Estas discrepancias bien valen un esfuerzo uniformador de la jurisprudencia.

## VII. Conclusiones

Intentaremos resumir, brevemente, las principales conclusiones extraídas de este estudio, siempre con el peligro de dejar incompletas nuestras observaciones.

1. El problema que desata la reparación del daño moral tiene su origen en la aplicación de normas y principios consagrados para el resarcimiento del daño material, asimilando, de esta manera, dos realidades diferentes que no pueden homologarse razonablemente. La doctrina jurídica y la jurisprudencia han realizado esfuerzos muy poco logrados en este sentido, tropezando, continuamente, con la diversidad natural del daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Se ha pretendido aplicar al daño moral la normativa propia del daño material, provocándose toda suerte de contradicciones, vacíos e insuficiencia.

2. No se ha puesto acento en la circunstancia de que, para analizar esta materia, es necesario distinguir claramente el acto que produce el daño y el daño mismo. Creemos nosotros que ambas cosas, a diferencia de lo que sucede en el campo del perjuicio patrimonial, se presentan separadamente. Cuando se viola o quebranta un derecho subjetivo, el daño material sobreviene causalmente en forma necesaria e inmediata. No ocurre lo mismo con el daño extrapatrimonial, ya que primero se afecta un derecho subjetivo (lo que genera por lo general un daño material por ínfimo que sea), proyectándose el efecto dañoso al ámbito interno e íntimo de la persona humana afectada.

3. El daño moral, por lo tanto, sobreviene como consecuencia de la lesión a un derecho subjetivo, cuando dicha infracción es de tal envergadura y virulencia que sobrepasa la esfera meramente material (externa) del sujeto, alcanzando la esfera íntima del individuo, en la cual se depositan los más preciados derechos e intereses extrapatrimoniales. De aquí que el daño moral sea siempre "presuntivo", porque resulta imposible medirlo objetivamente y, mucho menos, fijar padrones generales que sirvan para asimilar a quienes son víctimas del mismo.

4. El daño moral comprende los "intereses legítimos" de carácter extrapatrimonial, pero siempre que la lesión sea producto de la afectación de un derecho subjetivo que se proyecta al interior del sujeto, lesionando la esfera íntima propia de cada ser humano. Por ende, la lesión de un interés legítimo, no protegido por el derecho objetivo ni transformado en derecho subjetivo, no da lugar a responsabilidad. Sólo procede la reparación indemnizatoria de los "intereses" cuando ellos son afectados por el quebrantamiento de un derecho subjetivo del sujeto dañado.

5. De lo anterior se sigue que las personas ficticias o personas jurídicas carecen de legitimación activa para reclamar una indemnización pecuniaria, ya que



ellas no están dotadas de una esfera íntima en la cual se depositan los valores del espíritu (sentimientos, afectos, autoestima, dignidad, lealtad, etcétera), ni poseen bienes e intereses extrapatrimoniales. Los que parecen tener la calidad de tales son bienes materiales que se intercambian en el mercado y se valorizan económicamente (clientela, prestigio, trayectoria histórica, identidad con sectores de consumidores, etcétera).

6. Si el resarcimiento indemnizatorio relativo al daño moral no se encuentra regulado en el derecho chileno, debe estimarse que se trata de una "laguna legal" (con la agravante de que su indemnización resulta ser en este momento un imperativo en el ámbito social). Procede, por lo tanto, integrar esta laguna legal, aplicando los elementos que recoge la doctrina y la ley: analogía, principios generales de derecho y equidad natural. Es esta, a nuestro juicio, la manera que superar la insuficiencia legislativa sobre el particular. Por reacia que haya sido nuestra jurisprudencia a abordar la integración de las lagunas legales, no obstante pesar sobre ella el principio de "inexcusabilidad" (hoy de rango constitucional), este es el único camino jurídicamente idóneo para resolver el problema.

7. El daño moral debe probarse, así se trate del llamado "daño moral por repercusión" o "daño moral puro". No es admisible la tesis según la cual el daño moral se "presume de la situación" angustiosa o trágica que puede generarse por efecto del quebramiento de un derecho subjetivo ("las cosas hablan por sí mismas"). Facilitan la prueba del daño moral las manifestaciones externas que provoca, todas las cuales deben ser ponderadas por los jueces conforme los principios que informan la materia.

8. Existen diferencias importantes entre el daño moral en el campo de la responsabilidad extracontractual y en el campo de la responsabilidad contractual. En el primero, el principio de "reparación íntegra del daño" facilita su establecimiento y consagración (artículo 2329 del Código Civil). En el segundo, el daño moral no puede exceder aquello que es posible prever causalmente como consecuencia del incumplimiento de la obligación contraída y no cumplida en la forma y tiempo convenidos (principio de "daños programados"). Por otra parte, el resarcimiento del daño moral sólo alcanza a las obligaciones de contenido extrapatrimonial, vale decir, de aquellas obligaciones en que están presentes los valores, intereses y sentimientos íntimos de la persona víctima del incumplimiento contractual.

9. La naturaleza jurídica de la indemnización del daño moral, en nuestro derecho, puede calificarse como "compensatoria-satisfactiva". Toda indemnización tiene por objeto resarcir una lesión, así se trate de un derecho o de un interés legítimo. A esta regla no escapan los daños de naturaleza extrapatrimonial. Sin embargo, como la cantidad de dinero representativa de la reparación no

reemplaza de manera alguna los bienes, valores e intereses afectados, ella procura el acceso de la víctima a otros bienes, placeres o beneficios que sirvan para mitigar o superar el daño moral. No es posible dar a esta indemnización otro alcance, ya que, en el fondo, se trata de reemplazar un bien no susceptible de apreciación pecuniaria por una cantidad de dinero (el bien patrimonial por excelencia). No existe otra medida para resarcir el daño moral. Es preferible asumir su imperfección antes que dejar en la impunidad la lesión de los valores más preciados del ser humano.

10. El daño moral puede coexistir con el daño material. Ello sucederá en la inmensa mayoría de los casos. Entre ambos existe una recíproca dependencia, ya que el daño moral puede provocar un daño material y viceversa. Es difícil concebir una lesión exclusivamente moral, si se acepta que el daño extra-patrimonial sólo se gesta como consecuencia de la infracción a un derecho subjetivo y la capacidad de aquella para alcanzar la esfera íntima de la persona humana. Por lo tanto, siempre habrá un daño material, por ínfimo que este sea, que derivará de la lesión al derecho subjetivo. No puede perderse de vista el hecho de que todo daño moral afecta a la persona en su identidad física y espiritual. Resulta, por lo tanto, imposible separar absolutamente ambas áreas del ser humano.

11. Para la tasación del daño moral es posible ponderar el hecho ilícito que lo provoca; el derecho o interés lesionado; la calidad y condición de la víctima y el victimario; la virulencia, agresividad y carácter del atentado; el contenido e importancia del derecho subjetivo que da lugar a la producción del daño moral; el hecho de que la lesión haya ocurrido en el ejercicio de una actividad lucrativa o no lucrativa; etcétera. El juez dispone de varios elementos para calcular el *quantum* de la indemnización. Todos los factores indicados parecen importantes, pero serán los jueces los llamados a seleccionarlos y atribuirles mérito.

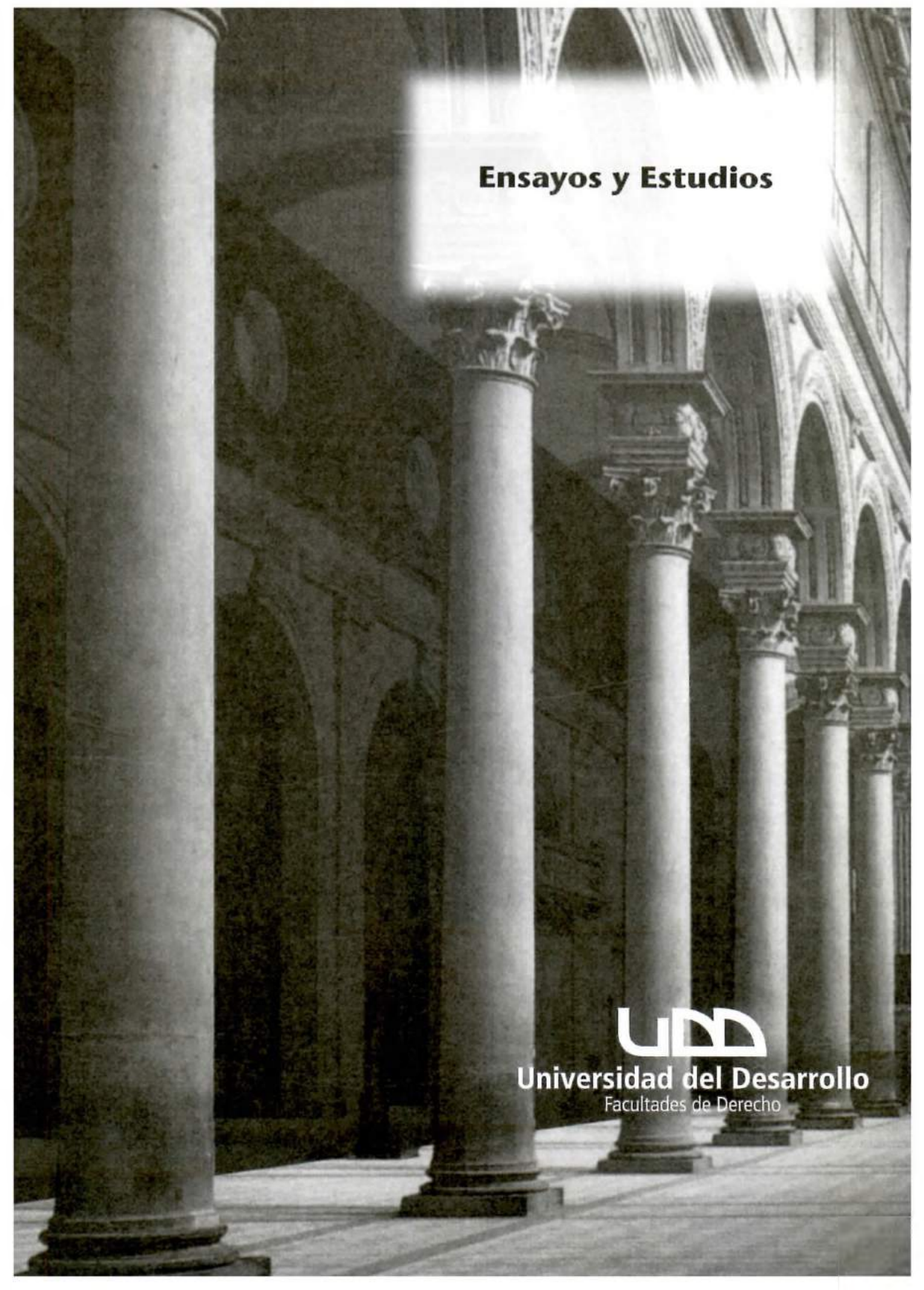
12. Finalmente, debe destacarse el hecho de que la creciente preocupación y desarrollo de esta materia es consecuencia de la expansión e importancia que han cobrado los derechos esenciales de la persona humana. Desconocer el resarcimiento del daño moral equivaldría a prescindir de uno de los aspectos esenciales de la dignidad y respeto que merecen los seres que poblamos este planeta.

Hasta aquí las principales conclusiones que se proponen. Ellas resultan de la tesis planteada en este trabajo, respecto de la producción, naturaleza y reparación del daño moral.

Nadie puede desconocer que se trata de una cuestión que no admite vuelta atrás. Con ello queremos reconocer que la actual tendencia, que seguramente se seguirá profundizando, extiende el daño moral a todos los campos del

quehacer jurídico. Por lo mismo, es necesario promover su discusión y análisis, como aporte a una necesidad jurídica que será cada día más apremiante.

En este momento, hay que reconocerlo, la teoría sobre el daño moral, sin perjuicios de los valiosos aportes realizados por la doctrina, constituye un laberinto jurídico.



## Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo  
Facultades de Derecho





# Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos

**Sergio Verdugo R.**

Máster en Derecho  
Universidad de California, Berkeley  
Magíster en Derecho Público  
Pontificia Universidad Católica  
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas  
Universidad del Desarrollo  
Profesor de Derecho Constitucional e investigador  
Centro de Justicia Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**José Francisco García G.<sup>1</sup>**

Doctor y Máster en Derecho, Universidad de Chicago  
Magíster en Derecho Público y Licenciado en Ciencias Jurídicas  
Pontificia Universidad Católica  
Abogado coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad del Desarrollo  
Pontificia Universidad Católica

**Resumen:** Se realiza un análisis crítico al sistema interamericano de DD.HH. Se examina el diseño institucional y los equilibrios políticos existentes al interior de las instituciones más importantes de dicho sistema: la Comisión y la Corte Interamericanas. Se aporta evidencia acerca del funcionamiento de dichas instituciones y se constatan bajos niveles de *accountability* y de independencia de los jueces.

\*\*\*

## Introducción

Revisaremos el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (DD.HH.) desde una perspectiva crítica. Tomando en consideración aspectos

<sup>1</sup> Agradecemos la colaboración del ayudante de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Nicolás Galli B.

como el *accountability*<sup>2</sup> y la independencia de los jueces, examinaremos si el diseño y la integración de los actores más relevantes del sistema interamericano (basado fundamentalmente en las actuaciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de DD.HH. –“CortelDH”) son convenientes para nuestra comunidad política democrática.

Nuestro trabajo no debe ser entendido como una propuesta para desvincular a Chile del sistema interamericano. Creemos que el respeto por los compromisos internacionales es importante dado el contexto global actual. Por el contrario, el diagnóstico crítico al sistema interamericano que presentamos en este trabajo tiene como objetivo central impulsar propuestas que revisen el diseño del régimen judicial interamericano; la manera en que la CortelDH actúa en relación a los Estados; y la forma en que nuestros tribunales domésticos tratan dicha jurisprudencia.

Para lo anterior, formularemos una objeción democrática a la manera de proteger los DD.HH. que los partidarios de la preeminencia de la jurisprudencia internacional proponen. Dicha doctrina simpatiza con la idea de que los jueces controlen la convencionalidad de la ley interna, declarando la ineficacia (a lo menos temporal) de la misma cuando exista un conflicto con un tratado internacional. Tratándose del régimen interamericano de DD.HH., y ante las diferentes posibilidades interpretativas (o lecturas morales) que los tratados de derechos humanos entregan, dicha doctrina se muestra partidaria de vincular a los jueces domésticos mediante la jurisprudencia de la CortelDH. Son, entonces, los jueces internacionales los que finalmente determinarían el sentido de un conflicto de derechos y los alcances y límites de los mismos. Con ello han sostenido que los DD.HH. contenidos en tratados y reconocidos por la jurisprudencia interamericana deben complementar el control constitucional de la ley y servir como parámetro para revisar su legitimidad jurídica, inclusive de la ley de reforma constitucional.

Todo lo anterior merece reparos democráticos si se consideran el diseño y el contexto actual del sistema interamericano de protección de los DD.HH. Esta materia, como se verá, ha sido muy discutida a propósito de la revisión constitucional de las leyes por parte de órganos jurisdiccionales domésticos, pero dicha crítica aún no ha sido enunciada entre nosotros respecto del ámbito interame-

<sup>2</sup> La palabra *accountability*, proviene del latín *accomptare*, que significa a cuenta y, de *computare*, que es calcular, y a su vez deriva de *putare*, que quiere decir que contar. Actualmente es un concepto ético que nace en la cultura anglosajona. El concepto aparece en los años 60 en Estados Unidos y en los 70 llega a Europa, pero ha sido más desarrollado por la cultura inglesa durante los últimos años. El término no tiene traducción al castellano debido a que es un concepto que aún se encuentra en construcción y que está asociado a la responsabilidad, la transparencia, la rendición de cuentas y al control. Surge por la necesidad de transparentar acciones y decisiones tanto en lo público como en lo privado. Se trata de que las personas o un grupo de ellas sujetas a escrutinio, rindan cuentas por su accionar. BURGIS y ZADEK (2006)

ricano. Argumentaremos que hay mejores razones para validar la procedencia de la objeción democrática en el sistema interamericano que en el sistema constitucional local. Sin perjuicio de que hay casos en que la jurisprudencia internacional puede cumplir un rol relevante en el fortalecimiento de los sistemas democráticos (piénsese en la situación política de Ecuador o de Venezuela en la actualidad, por ejemplo), nuestra crítica se centrará en el contexto chileno. En otras palabras, en una democracia relativamente saludable donde la estabilidad política es superior al promedio latinoamericano y la alternancia en el poder es una posibilidad real (sin perjuicio, por supuesto, de los problemas actuales de competitividad, que escapan los objetivos de este trabajo).

En este contexto, donde la oposición tiene fuertes herramientas de control sobre el Gobierno, donde el Tribunal Constitucional (el "TC") y la Corte Suprema tienen una integración plural y diversa que responde con cierta congruencia a los equilibrios políticos nacionales, varias preguntas surgen: ¿Se justifica que un grupo de jueces internacionales que no le rinden cuenta a nuestra comunidad política ni forman parte del diálogo constitucional doméstico decidan con efectos directos materias fundamentales para la sociedad chilena?<sup>3</sup> ¿Deben los jueces locales seguir la interpretación de actores internacionales cuando dicha hermenéutica se aparta de los códigos políticos y sociales de nuestra sociedad?

No se trata acá de cuestionar el que Chile, y otros Estados, busquen retrotraer los compromisos internacionales que han asumido en la materia; sino de dar a conocer el funcionamiento de la Comisión y la CortelDH; la composición de sus miembros; las potestades con que cuentan, incluidas la sancionatoria; la politización de las mismas; etc. Con ello, buscamos entregar algunas luces respecto de que se debe ser más bien escéptico respecto del rol jurídico que juega en la protección de los DD.HH. a escala regional; y preguntarnos –al mirar su composición, agenda, etc.– si no se trata más bien de una institución que ha sido capturada por la izquierda latinoamericana. Lo anterior, en un contexto en que su par europeo juega un rol completamente distinto y que valdría la pena evaluar como modelo alternativo.

En primer lugar (I), examinaremos el debate chileno actual, constatando que existe un movimiento internacionalista que promueve fuertemente el uso de la jurisprudencia interamericana como fuente jurídica interna y superior, y que una respuesta a dicho movimiento no ha sido suficientemente profundizada.

En segundo término (II), describiremos brevemente el diseño del sistema interamericano de DD.HH., constatando algunos aspectos relevantes del contexto

<sup>3</sup> Véanse los casos en que Chile ha sido condenado por sentencias de la CortelDH: 1) caso *Olmredo Bustos y otros v. Chile*, 2001, Serie C N°73; 2) caso *Palamara Iribarne v. Chile*, 2005, Serie C N°135; 3) caso *Claude Reyes y otros v. Chile*, 2006, Serie C N°151; 4) caso *Aimonacid Reyes y otros v. Chile*, 2006, Serie C N° 154.

actual y algunas falencias que el diseño arroja en materia de independencia judicial y debido proceso. En esta misma sección, compararemos los equilibrios políticos que el sistema interamericano produce dentro de la Asamblea con los equilibrios existentes a nivel nacional.

En seguida (III), constataremos el perfil de los miembros del sistema interamericano de DD.HH., considerando el origen de los actuales jueces de la CortelDH. Daremos cuenta, además, del perfil que poseían los ex jueces y miembros del sistema jurisdiccional interamericano y revisaremos qué tipo de trabajos asumieron una vez que dejaron sus funciones.

Luego (IV), haremos un breve examen de las materias que resuelve el sistema interamericano de DD.HH., persiguiendo constatar si los datos obtenidos en las secciones anteriores coinciden con algún tipo de agenda.

*Posteriormente (V), mostraremos algunas de las principales falencias democráticas de esta institucionalidad: la ausencia de una doctrina de la deferencia como la practicada por su par europeo; ausencia de mecanismos de accountability o rendición de cuentas; y la pertenencia de la institucionalidad de DD.HH. con las comunidades que pretende regir. Revisaremos brevemente las razones que sostienen la objeción democrática al control normativo basado en los DD.HH., e intentaremos aplicarlas al sistema interamericano. Demostraremos que dichas razones operan con más fuerza en el contexto interamericano, por lo que la objeción democrática se fortalece en este ámbito.*

Finalmente (VI), sintetizaremos las conclusiones centrales de este trabajo.

## **I. El debate chileno actual**

En Chile no se ha profundizado mayormente acerca del problema democrático del sistema interamericano de derechos humanos. Existe una literatura crítica de la doctrina que pretende darle un rango especial al derecho internacional<sup>4</sup> y muchos defensores de este último que excluyen a los tratados internacionales del ámbito del control de constitucionalidad<sup>5</sup>. Salvo excepciones, en general dicha literatura utiliza una argumentación jurídico-positiva normalmente textua-

<sup>4</sup> Entre otros, SAENGER (1993); BERTELSEN (1996); RÍOS (1997); PFEFFER (1997); RODRÍGUEZ (2000); BRUNA (2000); MOHOR y VARAS (2000); SILVA BASCUÑÁN (2002); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); FERNANDOIS (2003). Después de la reforma constitucional de 2005, véase RIBERA (2007); VERDUGO (2010) y NÚÑEZ (2010).

<sup>5</sup> Por ejemplo, TRONCOSO y VIAL (1993); NOGUEIRA (1993); PRECHT (1996); CEA (1999); ARAB (2000); TRONCOSO (2000); GAMBOA (2000); FERNÁNDEZ (2003). Después de la reforma constitucional del 2005, véase CAMPUSANO (2006); PEÑA (2006) (2008); AGUILAR (2007); CRUZ (2009); HENRÍQUEZ (2007) (2008) (2009).

lista, que elude referirse al problema democrático<sup>6</sup> y, en su mayoría, justifica sus dichos en la relación existente entre la norma constitucional y los DD.HH.

Quien ha profundizado más la idea de que los jueces chilenos debieran seguir la jurisprudencia interamericana es Humberto Nogueira<sup>7</sup>. Este autor es uno de los grandes impulsores de la tesis del “bloqueo de constitucionalidad”, de la cual se deriva como consecuencia que los jueces domésticos (incluyendo al TC) deben utilizar el derecho convencional internacional de los DD.HH. como parámetro de control de constitucionalidad y como canon obligatorio para el control de convencionalidad de la ley interna (frente a tensiones entre el ordenamiento legal interno y el internacional). Como el principal intérprete (aunque no el único) del derecho convencional interamericano es la CortelDH<sup>8</sup>, podría pensarse que los jueces debieran interpretar los tratados internacionales de la manera que dicha Corte lo hace. Después de todo, si los jueces se apartan de los criterios expuestos por la CortelDH, el Estado de Chile podría incurrir en responsabilidad internacional. Esta tesis ha sido acogida de manera evidente por la propia CortelDH, la que defiende sus propias potestades a través de sus actuaciones<sup>9</sup>, pero no ha tenido el mismo nivel de aceptación en nuestra jurisprudencia constitucional doméstica.

En una sentencia unánime redactada por el ministro Vodanovic<sup>10</sup>, el TC ha señalado que el juez debe hacer los esfuerzos necesarios para hacer compatibles las normas internacionales con las del ordenamiento nacional, “prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico interno” (considerando 5); que los tratados internacionales gozan de una protección especial; que la ley no puede derogar, modificar o suspender un tratado, ya que ella carece de validez (con-

<sup>6</sup> Hay, no obstante, excepciones. Véase un buen ejemplo en el trabajo de NÚÑEZ (2008), quien pretende introducir la “identidad constitucional” como elemento a considerar en esta discusión. Véase una crítica al excesivo textualismo y una revisión de la literatura nacional en VERDUGO (2010) pp. 58-79.

<sup>7</sup> Entre los muchos trabajos en que este autor ha planteado su posición, véanse especialmente NOGUEIRA (1997) pp. 85-88; NOGUEIRA (2006) pp. 244-254; y NOGUEIRA (2010) pp. 24-77.

<sup>8</sup> La CortelDH es vista como el “intérprete final de la convención”. NOGUEIRA (2010) pp. 77.

<sup>9</sup> Véase un buen ejemplo en la sentencia de la CortelDH *Gelman v. Uruguay*, 2011, Serie C N° 221. En el párrafo 193, la CortelDH declaró: “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Cita en esta afirmación otros casos donde la propia CortelDH ha dicho cuestiones similares: *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 2006, Serie C, N° 154, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, 2010, serie C, N° 219, párr. 176; *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010, serie C, N° 220, párr. 225.

<sup>10</sup> TC, rol 804 del 28 de diciembre del 2007. Cabe hacer presente que la sentencia no tiene prevención o voto particular alguno.



siderando 14); y que cuando no exista un conflicto de constitucionalidad, sino que solamente un conflicto entre la ley interna y un tratado, el problema deberá ser resuelto por el juez de la instancia y no por el TC (considerando 15)<sup>11</sup>.

Con ello, el TC parece aceptar (1) la tesis del control de convencionalidad sobre la ley interna, y (2) que cualquier juez puede declarar la ineficacia particular de una ley si se opone al derecho internacional. Así, el control de convencionalidad se vuelve difuso y produce efectos particulares, mientras el control de constitucionalidad de la ley permanece concentrado en el TC. Si ello es correcto, entonces habrá muchas más oportunidades para el ejercicio del control de convencionalidad que para el control de la supremacía constitucional.

Por otro lado, el TC acepta la procedencia del recurso de inaplicabilidad (aunque con disidencias) y rechaza la posibilidad de que prospere una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales<sup>12</sup>. Hasta la fecha no se ha declarado la inaplicabilidad de ninguna disposición contenida en un tratado internacional, pero sí se han citado instrumentos internacionales en el control de constitucionalidad de las leyes. Con ello, normas supranacionales pasan a formar parte del parámetro que el TC utiliza para examinar la constitucionalidad de una ley. Lo anterior no significa, sin embargo, que el TC haya incorporado al ordenamiento nacional la jurisprudencia interamericana, ya que el mismo puede perfectamente tener una interpretación diferente a la de la CortelDH respecto de una misma disposición. Tratándose de normas que reconocen DD.HH., es común encontrar más de dos interpretaciones posibles, y frente a ello el juez puede aplicar directamente dicha norma sin seguir lo que han dicho otros jueces. Por consiguiente, la sola cita a instrumentos interamericanos no hace al TC un seguidor de la jurisprudencia de la CortelDH.

Sin perjuicio de ello, el TC a veces ha citado sentencias de la CortelDH para inferir conclusiones propias. Ello ha ocurrido con ocasión de casos relacionados con el principio de publicidad y transparencia<sup>13</sup>, el interés superior del niño<sup>14</sup>, la libertad de expresión<sup>15</sup>, el principio de legalidad en materia penal<sup>16</sup> y el principio *pro homine*<sup>17</sup>. También ha habido casos en que el TC ha inda-

<sup>11</sup> Para los defensores de la tesis del "bloque de constitucionalidad", en un conflicto entre el tratado y la ley, siempre debería vencer el tratado. Ello ocurre cuando la ley es anterior al tratado y también cuando es posterior. Véase NOGUEIRA (1997) pp. 76-79

<sup>12</sup> TC, rol 1288 del 25 de agosto del 2009

<sup>13</sup> TC, considerando 14, rol 1732 del 21 de junio del 2011 y 1800 del 21 de julio del 2011 (acumulados)

<sup>14</sup> TC, considerando 28, rol 1683 del 4 de enero del 2011

<sup>15</sup> TC, considerando 35, rol 567 del 3 de junio del 2010

<sup>16</sup> TC, considerando 41, rol 567 del 3 de junio del 2010

<sup>17</sup> TC, considerando 66, rol 740 del 18 de abril del 2008; y TC, considerando 73, rol 1361 del 31 de marzo del 2009

gado infructuosamente en la jurisprudencia de la CorteIDH para esclarecer el alcance de un precepto internacional<sup>18</sup> y en que disidentes han citado fallos de la CorteIDH<sup>19</sup>.

Con lo anterior, podría pensarse que el TC ha incorporado a nuestro sistema de fuentes las sentencias interamericanas, con lo que triunfaría la tesis del "bloque de constitucionalidad", cuestión que no es, sin embargo, exacta.

En efecto, de las sentencias del TC citadas, no puede inferirse que él mismo ha adoptado las sentencias de la CorteIDH como un parámetro generalizado de control constitucional. Ello se debe a que (1) aún son pocos los casos detectados en que el TC utiliza en un voto de mayoría la jurisprudencia de la Corte; y (2) existen otros casos en que el TC ha citado jurisprudencia de tribunales extranjeros<sup>20</sup> o internacionales que no pertenecen al contexto latinoamericano<sup>21</sup>, y nadie podría reclamar por ello que el TC ha transformado dicha jurisprudencia en fuente vinculante para el orden constitucional doméstico.

En suma, la discusión nacional respecto a si los tribunales internos deben o no seguir las directrices del sistema interamericano está lejos de llegar a término. Ni la doctrina ni la jurisprudencia encuentran tendencias significativamente mayoritarias y pocos han tratado el problema democrático pertinente. En las secciones siguientes revisaremos las falencias que el sistema interamericano anota, persiguiendo formular una objeción democrática al mismo.

## II. El sistema interamericano de protección de DD.HH.

### II.1. Descripción y breve análisis de los órganos de protección de DD.HH. del sistema interamericano<sup>22</sup>

<sup>18</sup> TC, considerando 15, rol 807 del 4 de octubre del 2007

<sup>19</sup> Véase la disidencia de Juan Colombo, José Luis Cea y Marisol Peña en TC, rol 1288 del 25 de agosto del 2009; la disidencia de Hernán Vodanovic y Jorge Correa S. en TC, rol 1130 del 7 de octubre del 2008; y la disidencia de Hernán Vodanovic y Mario Fernández en TC, rol 986 del 30 de enero del 2008

<sup>20</sup> Por ejemplo: de la Corte Suprema de los EE.UU., véase TC, considerando 24, rol 1295 del 6 de octubre del 2009; del Tribunal Constitucional español, alemán y mexicano, véase TC, considerando 22, rol 790 del 11 de diciembre del 2007; del Tribunal Constitucional español, véase entre muchísimos fallos del TC, considerando 65, rol 1988 del 24 de junio del 2011 y TC, considerando 16, rol 1656 del 1 de septiembre del 2009.

<sup>21</sup> Sobre citas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase TC, considerando 30, rol 1683 del 4 de enero del 2011; TC, considerando 23, rol 1365 del 8 de abril del 2010; TC, considerando 63, rol 1254 del 29 de julio del 2009; TC, considerandos 9, 25, 36, 38, 45, 51, 63, rol 567 del 3 de junio del 2010. Véase también el voto particular de Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García en TC, rol 1881 del 3 de noviembre del 2011.

<sup>22</sup> Sobre el sistema interamericano de DD.HH. y la jurisprudencia de la CorteIDH en general, véase entre otras obras a BUERGENTHAL (1982); MEDINA (1990); CORBERA (1993); FROST (1992); DELGADO (1999); LANDA (2005) y QUIROGA (2005)

En 1969 se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, la que fue ratificada por Chile en 1990 y publicada en nuestro Diario Oficial en 1991<sup>23</sup>. En dicha convención se regulan dos órganos centrales del sistema de protección, la Comisión (capítulo VII), con sede en Washington<sup>24</sup>, y la CortelDH (capítulo VIII), con sede en San José de Costa Rica. El documento central que dichas instituciones utilizan en la protección de los DD.HH. es la misma convención, sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos relevantes<sup>25</sup>.

La Comisión es un órgano consultivo y un actor importante en la promoción y defensa de los DD.HH., y participa activamente en los procesos jurisdiccionales que lleva adelante la CortelDH. Aunque no opera específicamente como un tribunal, la Comisión cumple un rol influyente en el desarrollo del sistema interamericano.

En general, la función de la Comisión es la promoción de observancia y defensa de los DD.HH. Entre otras, la Comisión tiene atribuciones para investigar supuestas violaciones a DD.HH., observar el estado de protección de los DD.HH. de los Estados miembros, hacer estudios y publicar informes (los que pueden enviarse a la Asamblea de la Organización de Estados Americanos, "OEA"), hace recomendaciones a los Estados sugiriendo la adopción de medidas concretas, solicita a la CortelDH que requiera de medidas a los Gobiernos, solicita opiniones consultivas a la CortelDH y somete casos a la jurisdicción de la CortelDH a través de demandas<sup>26</sup>. Así, la Comisión no es neutral en la solución de conflictos

<sup>23</sup> Los aportes de Latinoamérica al sistema universal de DD.HH. son anteriores a ello. Aunque no es objeto de este trabajo, véase la interesante información recopilada por GLENDON (2003).

<sup>24</sup> Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión aparece regulada por primera vez, y sin mayores detalles, en el art. 111 de la Carta de la OEA de Bogotá de 1948, reformulada en 1967 y en 1985. Sin embargo, la Comisión se creó el año 1959.

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, deben mencionarse los reglamentos y estatutos de cada órgano, y varios instrumentos significativos como: Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Carta Democrática Interamericana; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para"; Convención Interamericana contra la Corrupción; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer; Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer; Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación; Convención interamericana sobre restitución internacional de menores; Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores; Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores; Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional; Convención sobre asilo territorial; Convención sobre asilo diplomático; Convención sobre asilo político; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

<sup>26</sup> Se suele hablar del principio de subsidiariedad, por el cual el sistema internacional es complementario a los ordenamientos jurídicos domésticos y sólo opera cuando éstos han fracasado en la protección de los DD.HH. La subsidiariedad en materia internacional es un reflejo del pluralismo, la diversidad y del propósito de universalizar los estándares de protección de los DD.HH. Sobre ello, véase DEL TORO (2007).

relacionados con DD.HH.: ella investiga, demanda y litiga casos concretos; y su función no se acaba en su participación jurisdiccional, sino que también alcanza la fiscalización permanente de los Estados miembros de la OEA.

Cuando se han agotado los recursos internos en los ordenamientos jurídicos locales, las acciones se presentan ante la CortelDH<sup>27</sup>, y se dirigen en contra de los Estados, los que son representados por los Jefes respectivos (las "cabezas" del Ejecutivo), cuestión que ha generado un problema importante en la justicia del procedimiento<sup>28</sup>. Si bien es necesario que los Estados sean representados por una autoridad de manera monolítica (hay buenas razones para no dividir al Estado en el ámbito internacional), ello estimula que los Gobiernos de turno utilicen las defensas para levantar sus propias agendas, incluso reconociendo la responsabilidad del propio Estado. Con ello, y considerando además que los Estados no están obligados a defenderse (art. 41 del reglamento de la CortelDH), se impide la leal expresión del derecho a defensa de aquellos cuya conducta es reprochada y de aquellos interesados (como parte) en el conflicto<sup>29</sup>, con lo que el carácter adversarial del procedimiento pierde fuerza y las posiciones no se encuentran necesariamente representadas en el debate.

En el total de causas históricas de la CortelDH (hasta el 2009), un 38,3% de los casos han tenido un allanamiento o un reconocimiento de los Estados de su responsabilidad internacional<sup>30</sup>. Probablemente en muchas de estas causas ha sido saludable la actitud de los Estados. Es más, posiblemente los Gobiernos de turno no podrían haber impulsado una actitud diferente. Sin embargo, no puede desconocerse que una de las consecuencias de lo anterior es la indefensión internacional de quienes sostenían la licitud o validez de la conducta reprochada. El intentar proteger ambos valores (derecho de defensa internacional y el carácter monolítico de la participación estatal) implica una tensión que el diseño institucional interamericano no es capaz de equilibrar. Probablemente

<sup>27</sup> La labor de la CortelDH en números: entre los años 1979 y 2009, ha emitido 20 opiniones consultivas, ha dictado 211 sentencias, ha resuelto 120 casos y ha ordenado 81 medidas provisionales. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 3.

<sup>28</sup> Cabe hacer presente que la CortelDH también tiene competencia consultiva, por la cual emite opiniones interpretando la Convención Americana de DD.HH. cuando es consultada.

<sup>29</sup> Por esta razón, en un caso sobre tuición de menores donde se impugnó lo resuelto por tribunales internos en Chile debido a una supuesta discriminación arbitraria por la orientación sexual de la madre, se impidió al padre de los niños formular su testimonio. *Caso Karen Atala e hijas v. Chile*, sometido a la CortelDH por la Comisión con fecha 17 de septiembre de 2010. Chile sólo puede ser representado por el Estado, el que a su vez es representado por el Jefe del Gobierno de turno, quien responde a su propia agenda política y no necesariamente a la defensa de los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que el art. 44 del reglamento de la CortelDH permite la presentación de *amicus curiae*. Véase también el estatuto de los declarantes en el art. 46 y los derechos reconocidos en los arts. 47, 48, 49, 52 y 55, entre otros, todos del reglamento de la CortelDH.

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 10.

es muy difícil diseñar un modelo internacional que resuelva con equilibrio dicha tensión. Por lo anterior, parece sensato disminuir la intensidad del efecto jurídico de las decisiones internacionales en el ámbito interno mediante otro tipo de mecanismos, como veremos.

El carácter monolítico de la defensa de los Estados también produce un impacto negativo en la doctrina de la separación de funciones que los Estados democráticos suelen suscribir, ya que este es relativamente irrelevante para la CortelDH<sup>31</sup>. Otro aspecto que se ha criticado, aunque en menor intensidad, es la limitada legitimación activa que el sistema interamericano entrega a los individuos particulares. Sólo pueden presentar demandas los Estados o la Comisión, y las víctimas sólo podrán activar procesos jurisdiccionales ante la CortelDH si logran convencer previamente a dichas instituciones<sup>32</sup>.

Revisemos la orgánica de la Comisión. De acuerdo a la normativa pertinente, la Comisión está integrada por 7 miembros que duran 4 años en sus funciones, y tienen la posibilidad de ser reelegidos por una vez. Las decisiones se toman por unanimidad y no debe haber más de un miembro de nacionalidad de un Estado en particular. La autoridad que designa a cada miembro es la Asamblea de la OEA, a propuesta de los diferentes Estados. Dicha Asamblea nombra a los miembros de la Comisión y decide la reelección de los mismos. También puede removerlos si violan gravemente los deberes de la Comisión.

Como ya advertíamos, en la Asamblea de la OEA los Estados son representados por los diferentes poderes Ejecutivos (normalmente un Presidente de la República a través de su Canciller respectivo u otro funcionario). Será el Gobierno de turno de cada Estado el que promoverá y negociará las diferentes candidaturas. Los miembros de la Comisión no gozan de las mismas prerrogativas que tradicionalmente tienen jueces independientes, ni tampoco hacen carrera funcionaria como los fiscales en nuestro país. Ellos duran poco tiempo en sus funciones y para ser reelegidos deben lograr los votos de la Asamblea. En este contexto, es relevante la lealtad de los miembros de la misma con los Gobiernos de turno antes y después de ser nombrados, así como la capacidad de dicho Gobierno para influir en la Asamblea.

Algo similar ocurre con la CortelDH. La CortelDH tiene 7 jueces (sin perjuicio de la existencia de jueces *ad hoc* y de posibles interinos) que duran 6 años en sus cargos y pueden ser reelegidos por una vez. Dichos jueces son elegidos por la mayoría absoluta de los Estados partes a través de la Asamblea general de la OEA, luego de las proposiciones efectuadas por los Estados. Dicha Asamblea

<sup>31</sup> Sobre esta materia véase el análisis de TÓRTORA (2011)

<sup>32</sup> Véase una temprana defensa de esta crítica en VARGAS (1984), quien dice que este aspecto reduce las posibilidades de protección de los DD.HH.



puede remover a los jueces por cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones o conducta contraria a ellas<sup>33</sup>. La CorteIDH toma sus decisiones por mayoría<sup>34</sup> (a diferencia de la Comisión) y todos sus miembros deben ser de nacionalidades diferentes, pertenecientes a los países de la OEA.

Tabla N° 1  
*Resumen arreglos institucionales Comisión y CorteIDH<sup>35</sup>*

	N° de miembros	Autoridad que nombra	Duración mandato	Posibilidad de reelegirse	Posibilidad de remoción
<b>Comisión</b>	7	Asamblea OEA	4 años	Sí, una vez	Sí, con causales
<b>CorteIDH</b>	7	Estados OEA	6 años	Sí, una vez	Sí, con causales

Los jueces de la CorteIDH no tienen las mismas garantías de independencia que se promovieran en *El Federalista* y que se masificaran en los Poderes Judiciales modernos<sup>36</sup>. Ellos no perciben una remuneración estable<sup>37</sup>, no funcionan como tribunal permanente<sup>38</sup>, sirven términos limitados con posibilidad de una reelección y están sujetos al control de la Asamblea, por lo que no gozan de las garantías que otorgan la inamovilidad vitalicia<sup>39</sup>. Todo ello limita su inde-

<sup>33</sup> Sin perjuicio de ello, cabe hacer presente que se ha discutido mucho acerca de si estos jueces deberían o no tener exclusividad y dedicarle una jornada laboral completa a las labores de la CorteIDH. En un comienzo, el proyecto de estatuto de la CorteIDH consideraba un tribunal permanente con jueces de dedicación exclusiva. El objetivo de dicha iniciativa era el fortalecimiento del prestigio y legitimidad para obtener el cumplimiento de las sentencias. Sin embargo, la Asamblea rechazó esta idea atendidos los costos económicos y a que la carga de trabajo se anticipaba muy baja. Se optó entonces por jueces sin dedicación exclusiva. Los jueces no están en la nómina de pagos permanentes de la OEA (trabajan por honorarios), son libres para practicar la profesión, hacer clases o trabajar en otras funciones y no suelen vivir permanentemente en Costa Rica. BUERGENTHAL (1982), pp. 232-233.

<sup>34</sup> El quórum mínimo para sesionar es de 5, por lo que la mayoría más baja que se admite es de 3.

<sup>35</sup> Elaboración propia tomando en consideración el estatuto de la Convención Interamericana de Derechos humanos disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

<sup>36</sup> Véase GARCÍA (2007)

<sup>37</sup> Véase el art. 72 de la Convención Americana, que sólo permite el financiamiento de "emolumentos y gastos de viaje". La existencia de remuneraciones estables e independientes del poder político es un arreglo institucional elemental y básico para asegurar la independencia judicial. Sin embargo, en el caso de la CorteIDH, en palabras del ex juez, Antonio CASCADO (2003), p. 57, los jueces hacen un verdadero "apostolado" al salir de sus trabajos permanentes para trabajar en la CorteIDH.

<sup>38</sup> Véase una crítica sobre este problema y el anterior en ACOSTA (2007), pp. 18 y 21; y de VENTURA (2005). Este último alega que la OEA no ha dado cumplimiento a los compromisos presupuestarios adquiridos.

<sup>39</sup> Lo anterior es sin perjuicio de la posible independencia orgánica de la CorteIDH. Nuestro análisis se centra en la independencia individual de los jueces, y no de la institución. En este sentido, seguimos a John Ferrejohn, para quien los tribunales (a nivel nacional en todo caso) deben ser dependientes de los poderes políticos y los jueces en particular deben tener la suficiente independencia como para aplicar la norma con lealtad. Véase FERREJOHN (1999). Véase también FERREJOHN y KRAMER (2002) y la discusión entre CALABRESI, y LINDGREN (2005-2006) y STRAS y SCOTT (2006-2007), quienes argumentan en contra y a favor de la inamovilidad vitalicia. Los más críticos de esta visión (CALABRESI y LINDGREN) igual son partidarios de establecer períodos largos y sin reelección para asegurar un equilibrio entre *accountability* e independencia de los jueces, cuestión que parece lejana al régimen judicial del sistema interamericano.

pendencia y los hace rendir cuentas frente a dicha Asamblea y, especialmente, al Gobierno de turno del Estado correspondiente, antes de que se produzca el nombramiento y también una vez nombrado. La falta de apoyo del Gobierno de turno podría hacer terminar la carrera del juez en este sentido. También, la necesidad de que dicho Gobierno logre los acuerdos necesarios en la Asamblea es indispensable para la carrera del juez. Lo mismo sucede con los miembros de la Comisión. Sin perjuicio de eso, es poco lo que podemos inferir de los procesos de negociación al interior de la Asamblea o entre los Estados proponentes e interesados, ya que el proceso tiene falencias de transparencia en los procesos de selección<sup>40</sup>.

Todo lo anterior hace necesario examinar la tendencia de los Gobiernos de la región, atendida su notoria influencia en el régimen judicial. Especialmente, interesa conocer los equilibrios políticos existentes en la Asamblea de DD.HH., ya que ella es en definitiva el órgano más poderoso del sistema interamericano.

Frente a todo lo anterior, podría cuestionarse la veracidad de la causalidad que se asume entre la posición política de quien promueve la candidatura de los jueces (o realiza el control posterior mediante la reelección) y las preferencias que el juez manifestará posteriormente. Mediante este cuestionamiento, no existe una relación necesaria entre quien nombra al juez y el nominado. Esta crítica es empírica, y lamentablemente en el contexto interamericano no existen estudios tan acabados que demuestren si la misma es cierta o no. Sin embargo, es razonable presumir la existencia de una conexión si se utiliza un modelo de comportamiento donde los Estados no son desinteresados en los nombramientos<sup>41</sup>. Dicho modelo es sensato si se considera la evidencia que nos proporciona un estudio sobre el sistema europeo de DD.HH., el que no difiere mucho en su sistema de nombramiento con el modelo interamericano, y que sugiere que los procesos de selección de jueces son políticos, y que se espera un cierto nivel de lealtad con quien es nominado para ser juez<sup>42</sup>. Por supuesto, todo lo que digamos asumiendo dicha causalidad para el sistema interamericano se condiciona por este supuesto.

## II.2. Contexto político americano y chileno

Como ya advertíamos, si los poderes Ejecutivos de los diferentes Estados anotan una tendencia política determinada que se exprese con mayorías significativas, no tendrán necesidad de elegir a juristas independientes ni de buscar equilibrios

<sup>40</sup> Véase esta crítica en BALUARTE (2005)

<sup>41</sup> Véase la opinión del ex juez Nieto, quien reconoce que la elección de jueces de la Corte IDH involucra mucha política, ya que se hace en la OEA. Véase entrevista en FROST (1992) p. 190. Lo anterior, sin demostrar la causalidad cuestionada, permite inferir la razonabilidad del modelo de comportamiento propuesto.

<sup>42</sup> Véase VOETEN (2007)

políticos al interior de los órganos del sistema interamericano de protección de DD.HH. Será fácil para un Gobierno que crea en X impulsar a un candidato que sea activista de X, si la Asamblea está dominada por países que también crean en X. Las negociaciones y los acuerdos utilizarán como moneda de cambio cuestiones distintas a la tendencia (ya que X está asegurado). Lo contrario ocurre bajo otros modelos de nombramiento, como en el caso de la Corte Suprema. Bajo el modelo norteamericano, los jueces son designados por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, y luego dichos jueces son inamovibles de por vida. Así, existe un control político anterior al nombramiento e independencia posterior (salvo por la acusación constitucional, herramienta excepcional). En el control político anterior al nombramiento hay un instrumento de moderación que ha funcionado de manera relativa<sup>43</sup>. Ninguna de estas cuestiones existe en el sistema interamericano, ya que la Asamblea no tiene elementos de moderación alguna. Se trata de un solo órgano que mantiene el control sobre el juez después de nombrado, por lo que los equilibrios políticos al interior del mismo son elementales. El sistema chileno de nombramiento de ministros de la Corte Suprema entrega incluso mayor moderación que el norteamericano, al exigir que un número significativo de jueces provengan del Poder Judicial y que la lista de candidatos sea confeccionada por la propia Corte. Todo ello, unido a la revisión del Senado, ha conducido a un sistema donde se negocia con mucho cuidado el nombramiento de los ministros<sup>44</sup>. Otro esquema posible es el de los Tribunales Constitucionales, donde normalmente hay diferentes autoridades representativas de otros poderes del Estado que designan a sus jueces. El control político en el nombramiento existe, pero se logran equilibrios internos debido a la diversidad de instituciones que participan. Los ministros suelen durar varios años en sus cargos y no ser sujetos a reelección, aunque los modelos varían de país en país. Todos estos arreglos institucionales están ausentes en el contexto interamericano, donde los jueces son nombrados por una institución donde hay carencia de contrapesos y se mantiene el control posterior.

Como evidencia de lo anterior, el anexo I de este trabajo resume la tendencia actual de los Jefes de Estados de la región, asociando a los mismos a las posiciones de partidos políticos específicos. Se trata, por supuesto, de una simplificación (y generalización) que no considera los matices propios de los

<sup>43</sup> La facultad del Senado obliga al Presidente de la República a moderar sus tendencias y a negociar los nombramientos. El caso de EE.UU. no ha operado siempre así, ya que los nombramientos suelen politizarse con un alto nivel de escrutinio público. Sin embargo, el efecto moderador se suele producir. Un ejemplo emblemático lo representa la nominación fallida de Robert Bork en el año 1987, cuya candidatura republicana tuvo que reemplazarse por un candidato menos conservador, Anthony Kennedy, el que finalmente fue confirmado.

<sup>44</sup> Ello ha producido que se nombren alternadamente ministros que simpatizan (sin militar) con una coalición política y, luego, con la otra. Todos los candidatos tienen un perfil normalmente profesional y, sin perjuicio de existir cercanías políticas, los jueces en general se muestran moderados y ajenos a la política partidista.

Estados ni las diferencias sociopolíticas de los diferentes países. Sin perjuicio de eso, estimamos que en los grandes números la evidencia considerada puede aportar información relevante relativamente verosímil. Véase una síntesis en la tabla N° 2:

Tabla N° 2  
*Tendencia política de los Gobiernos actuales<sup>45</sup>*

	<b>N° Gobiernos</b>
Tendencia de izquierda o centro-izquierda	24
Otras tendencias	10

Como puede advertirse, la mayoría de Gobiernos de la región pertenece a una tendencia de izquierda o de centro-izquierda. 24 de 34 pertenecen a dicha tendencia y sólo 10 se asocian a tendencias diferentes. La mayoría es aplastante.

Los equilibrios dentro de las instituciones chilenas son muy diferentes a los experimentados en el sistema interamericano. Alguien podría replicar que los equilibrios internos institucionales están alterados por el sistema electoral (cuestión muy discutible), así que preferimos contrastar las cifras con los votos efectivos experimentados en la última elección del año 2009. En la última elección presidencial, el candidato de la centro derecha (Sebastián Piñera) obtuvo un 44,06% de los votos en primera vuelta y un 51,61% en segunda vuelta; en circunstancia que los candidatos de izquierda o centro-izquierda sumaron un 55,95% en primera vuelta y 48,39% segunda vuelta<sup>46</sup>. En la elección de diputados las cifras no fueron muy diferentes: la Concertación obtuvo un 40,40% de votos, la lista "C" (de izquierda) obtuvo 4,17%, la lista "Chile Limpio" obtuvo un 4,91% y la Coalición por el Cambio (de centro derecha) obtuvo un 40,40% de los sufragios<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Elaboración propia con datos parciales de p. 13 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

<sup>46</sup> Datos de SERVEL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: [http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo\\_CH53/appinstances/media79/ResuPresi.pdf](http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo_CH53/appinstances/media79/ResuPresi.pdf)

<sup>47</sup> Datos de SERVEL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: [http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo\\_CH55/neochn55.aspx](http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo_CH55/neochn55.aspx). Cabe hacer presente que hoy los equilibrios de la Cámara de Diputados se expresan así: de 120 diputados totales, 56 pertenecen a la Coalición por el Cambio, 56 a la Concertación, 2 al PRI y 6 son independientes. Datos de SERVEL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: [http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo\\_CH55/neochn55.aspx](http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo_CH55/neochn55.aspx)

Los datos precedentes sugieren que los equilibrios en la región no coinciden con los equilibrios a nivel nacional. Mientras un 71% de países de la región están gobernados por Ejecutivos de izquierda o centro-izquierda<sup>48</sup>, el actual Gobierno de Chile pertenece a una coalición de centro-derecha, y los sufragios aparecen más cercanos al empate.

Podría decirse que la tendencia de izquierda a nivel continental es normal, porque responde a lo que históricamente ha sido Latinoamérica. En este sentido, podría argumentarse que, si la mayoría es de una tendencia X, entonces todos los nombramientos deben ser propios de X, ya que así opera la democracia. Sin embargo, esta lógica no es replicable a los jueces. Si el objetivo es tener jueces independientes que apliquen el derecho con cierta rigurosidad técnica, entonces se requieren modelos de nombramiento y garantías de independencia adecuados, junto a un órgano emisor que sea representativo. Mientras menos identificado esté este órgano emisor de normas con la realidad doméstica, menos legitimidad tendrá.

Como vimos anteriormente, la mayoría de los países del mundo occidental prefieren la adopción de un régimen judicial que posea remuneraciones estables y una larga duración e inamovilidad asegurada en los cargos de juez (aunque ello normalmente no ocurre tratándose de tribunales internacionales<sup>49</sup>). Junto con ello, se buscan mecanismos de moderación en el sistema de nombramiento. El sistema de la OEA, sin embargo, no introduce elementos moderadores en el nombramiento y, al mismo tiempo, deja una oportunidad de control político del mismo (la reelección).

Los equilibrios y controles políticos en el nombramiento de los miembros de la Comisión y de la CortelDH no se producen. No existe una autoridad cuyos nombramientos deben ser revisados y negociados con opositores o adversarios políticos, sino que existen múltiples autoridades que participan en una Asamblea, las que generalmente pertenecen a la misma línea política y negocian los candidatos sin control externo alguno. En esas condiciones, las monedas de cambio tienden a ser diferentes a la moderación o independencia de los miembros, como probablemente ha ocurrido. Como revisaremos en la sección siguiente, casi todos los miembros actuales y anteriores de los órganos del sistema interamericano de protección de los DD.HH. pueden ser fácilmente clasificados en alguna tendencia política determinada, y los equilibrios resultantes son muy diferentes a los de nuestros tribunales internos.

<sup>48</sup> Estas cifras son todavía más altas si se consideran a Gobiernos anteriores. Véase pp. 13 y 26 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

<sup>49</sup> Efectivamente, en la Corte Europea de Justicia los jueces duran 6 años; en la Corte Europea de DD.HH. duran 9 años; en la Corte Penal Internacional duran en general 9 años; en la Corte Internacional de Justicia duran 9 años y en la Corte de Justicia de la Unión Africana duran 6 años.



### III. Los miembros del sistema interamericano de DD.HH.

Como vimos en la sección precedente, cuando se analiza el perfil de un juez en particular, es importante revisar el tipo de Gobierno que promovió su nominación al cargo de juez. Asumimos que un Gobierno de tendencia X, en un contexto donde la mayoría de los representantes en la Asamblea también pertenece a X, debería promover la candidatura de un nominado afín.

Lo anterior parece interesante dada la composición actual de la Comisión (véase más abajo la tabla N° 4 y el anexo III), donde se observa que de los 7 miembros existentes, 5 han sido promovidos por Gobiernos de izquierda o de centro-izquierda. Por su parte, si revisamos la composición de la CorteIDH la situación es similar (véase más abajo la tabla N° 3 y el anexo II): de los 7 miembros actuales, 6 han sido promovidos por Gobiernos de izquierda o centro-izquierda. En el anexo II también se resume el trabajo anterior de los jueces que parezca relevante para entender su perfil político (no se incluyen todos los puestos de trabajo), además de otra información que parezca significativa. Una breve síntesis del anexo se observa en la tabla siguiente:

Tabla N° 3  
*Tendencia del Ejecutivo que promovió nominación de jueces<sup>50</sup>*

	N°	Porcentaje
Promovidos por Ejecutivos de izquierda o centro-izquierda	6	85,71%
Promovidos por Ejecutivos de derecha o centro-derecha	1	14,28%

Como puede observarse, existe una mayoría de jueces (85,71%) cuyas nominaciones fueron promovidas por Jefes de Estado de izquierda o centro-izquierda (5 de 7). Normalmente la causalidad entre el color político de dicho Jefe de Estado y la tendencia del juez coincide con las actividades pasadas de este último, normalmente vinculadas a un sector político específico de su país de origen. Algunos de ellos han ocupado cargos en el Gobierno (Franco, García-Sayán, Pérez, Vio e Iris), otros han sido exiliados por Gobiernos Militares (Pérez, Franco), algunos tienen una clara preferencia hacia la agenda de grupos de interés concretos (May, Iris) y, en su mayoría, los jueces muestran una carrera significativa asociada a los DD.HH.

<sup>50</sup> Elaboración propia con datos obtenidos en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *composición Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 1 de diciembre del 2011 (se actualiza permanentemente) [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>, entre otros

En el anexo III se realiza un ejercicio similar al del anexo II, pero respecto de los miembros de la Comisión. Se identifica al miembro, se constata su trabajo anterior y otros datos relevantes, y se contrasta esa información con el Ejecutivo que promovió su candidatura. La tabla siguiente resume los resultados.

Tabla N° 4  
*Tendencia del Ejecutivo que promovió nominación de miembros<sup>51</sup>*

	N°	Porcentaje
Promovidos por Ejecutivos de izquierda o centro-izquierda	5	71,42%
Promovidos por Ejecutivos de derecha o centro-derecha	2	28,57%

De acuerdo a la información proporcionada por el anexo III, varios de los miembros de la Comisión se encuentran vinculados a organizaciones de DD.HH. (Serio, González, Mejía, Shelton, Guillen), algunos han ocupado cargos en el Gobierno (Serio, Mejía, Escobar), varios de ellos tienen una significativa carrera académica (González, Orozco-Henríquez, Shelton) y unos pocos incluso han desarrollado una carrera judicial (Escobar, Orozco-Henríquez). Lo anterior parece diferenciar levemente el perfil general de la Comisión respecto de la CortelDH. Sin embargo, no se altera el hecho de que las nominaciones de la mayoría de los miembros de la Comisión (un 71,42%) hayan sido promovidas por Gobiernos de izquierda o de centro-izquierda (5 de 7).

Todo lo anterior sugiere que las inferencias que realizamos cuando analizamos el diseño institucional de la Comisión y de la CortelDH encuentran buenas razones empíricas. En efecto, podría decirse a esta altura que existe una tendencia significativa del sistema interamericano por posicionar a personas vinculadas con los equilibrios propios de América. Uno de los arreglos institucionales problemáticos analizados es el período breve de tiempo que deben servir los jueces de la CortelDH. Ello conduce a problematizar respecto del tipo de trabajo (u otros premios o beneficios) que ellos esperan conseguir una vez finalizada su labor. Es sensato asumir que el comportamiento de un juez se ve influido por las posibilidades laborales futuras que él espera, razón por la cual la independencia del mismo puede verse mermada. En este sentido, hay que preguntarse cuáles son normalmente los trabajos o actividades que dichos jueces asumen una vez que dejan sus cargos. En el anexo IV se resumen brevemente las actividades

<sup>51</sup> Elaboración propia con datos obtenidos de ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2006, 2007 y 2009) *curriculum de los jueces actuales*, fecha de publicación en la web difiere conforme el juez [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03357-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2006/AG03334s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03374s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/ag04279S-2.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04543T.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04302E-2.pdf>

que los jueces de la CortelDH que se han retirado desde 1990 hasta el 2011 han desempeñado o realizan actualmente.

Como puede observarse de dicho anexo, y sin considerar a los jueces que fallecieron poco después de dejar sus cargos (Abreu, Jackman, Tovar), muchos de los ex jueces de la CortelDH han ocupado cargos en Gobiernos (de Roux, Nieto, Picado, Aguiar, Gros), algunos han desarrollado una carrera judicial local (Nieto) o internacional (Cancado, Buergentahl, Barberis) y varios de ellos han hecho carrera académica (y en algunos casos activista) vinculada a los DD.HH. (Medina, García, Pacheco, Fix-Zamudio).

Llama la atención el hecho de que una gran mayoría de los ex jueces hayan sido tan activos laboralmente una vez que dejaron sus cargos en la CortelDH, de lo que puede inferirse que las carreras individuales de ellos no se acaban con sus labores en la CortelDH. Casi todos ellos se mantienen vinculados al sector público internacional y probablemente aprovechan sus experiencias para otras tareas relacionadas, como las académicas o de vínculos con organizaciones internacionales. Sin embargo, muchos parecen seguir una cierta carrera pública dependiente del Gobierno de su país.

Otro elemento que resulta sugerente es el tipo de Gobiernos que han estado en el poder en aquellos países que han ratificado la Convención Americana de DD.HH., la principal fuente jurídica del sistema interamericano, y que han reconocido la competencia contenciosa de la CortelDH y la competencia de la Comisión. Puede esperarse que, si los países están en conocimiento o creen que la estructura del sistema y el clima y cultura política y social de la región han conducido a fortalecer las tendencias contrarias a las de sus Gobiernos electos de turno, entonces ellos debieran ser reticentes en la participación del sistema. Así, por ejemplo, si EE.UU. es contrario al entendimiento de la Comisión respecto a la legitimidad de la pena de muerte, tenderá a no ratificar la convención y/o la competencia de las instituciones del sistema interamericano. Por el contrario, si un Gobierno electo cree que el sistema interamericano servirá para complementar o fortalecer la tendencia a la que pertenece, no debiera tener problemas en la ratificación de la convención o de las competencias de sus órganos internacionales. Estos supuestos racionales de comportamiento, sin embargo, tienen la debilidad de no considerar otros elementos que pueden ser importantes, como los beneficios adicionales que puede brindar para el Estado (y su gobernante de turno, no importando su color) el hecho de participar de esferas internacionales. Tampoco considera, por ejemplo, la disociación existente entre el reconocer la competencia del órgano internacional o ratificar la Convención y los costos políticos que se percibirán por lo anterior. Normalmente dichos costos, si los hay, no serán necesariamente percibidos por parte del gobernante, sino que por parte del Estado, y la responsabilidad del gobernante se diluye debido a que dichos costos probablemente no aparecerán en el corto plazo.

Los supuestos lógicos de comportamiento propuestos serán testeados de manera relativa en la tabla siguiente, la que simplifica las tendencias políticas de los Gobiernos de turno. En efecto, en ella se constata a qué tendencia política pertenecía dicho Gobierno (o el jefe de Estado) al momento de ser ratificada la convención y reconocida la competencia de las instituciones relevantes del sistema interamericano de protección de DD.HH.

Tabla N° 5<sup>52</sup>

Ratificación de Convención y de competencia de órganos interamericanos por tipo de Gobiernos de turno

	Porcentaje total de países que ratificaron		Izquierda centro-izquierda	Derecha centro-derecha	Centro
Convención Americana	25	74%	15	7	3
Competencia CortelDH <sup>53</sup>	21	62%	14	5	2
Competencia Comisión	10	29%	7	3	0

Los datos de la tabla N° 5 sugieren una preferencia de los Gobiernos de izquierda por la ratificación de la Convención y por aceptar la competencia de instituciones internacionales. Estos datos de alguna manera replican los equilibrios políticos de la región, lo que hace menos significativa la diferencia existente entre el número de Gobiernos que adscribe a una tendencia política o a otra. Sin embargo, no deja de llamar la atención la aparente simpatía de los Gobiernos de izquierda por el sistema interamericano.

#### IV. La agenda del sistema interamericano de DD.HH.

Los casos frente a la CortelDH, recordemos, pueden ser impulsados por la Comisión o por los Estados. El rol vigilante y controlador de la Comisión hace que esta pase a ocupar un lugar protagónico en el sistema y en el control de la agenda de DD.HH. interamericana. Ellos seleccionan las materias relevantes

<sup>52</sup> Elaboración propia con datos obtenidos de ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2011) *información general del Tratado de la Convención interamericana de derechos humanos*, fecha de publicación en la web se desconoce [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html> y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *convención interamericana de derechos humanos ratificaciones y denuncias*, fecha de publicación en la web enero 20 del 2009 [fecha de consulta 2 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>

<sup>53</sup> Se refiere a la competencia contenciosa de la CortelDH

a ser tratadas, por lo que su función define a qué tipo de derechos o intereses se les da prioridad sobre otros.

Sin embargo, y como lo reconoce el ex juez Callejas, hay antecedentes que demuestran que hay mucha "política" en el proceso previo de la Comisión<sup>54</sup>. Por su parte, el ex juez Tovar reconoce que la Comisión es naturalmente más política que jurisdiccional<sup>55</sup>. Lo dicho por ambos jueces no es evidencia suficiente y actual (se referían a tres casos específicos) de que el control de la agenda del sistema interamericano esté politizado, y que esa politización responda a equilibrios políticos diversos de los nacionales. Sin perjuicio de ello, el diseño institucional analizado en las secciones precedentes permite inferir que una eventual politización podría generarse fácilmente debido a la ausencia de garantías de independencia y por los equilibrios empíricos de la OEA, lo que en teoría debiera favorecer a un contexto político y social ajeno al chileno.

Veamos cuáles son las materias por las cuales la CortelDH suele declarar más violaciones de los Estados. En cifras entregadas por la propia CortelDH, relativas a los artículos de la Convención Americana cuya violación ha sido declarada<sup>56</sup>, aparecen 94 violaciones a garantías judiciales; 93 a la protección judicial; 76 a la integridad personal; 56 a la libertad personal; 54 al derecho a la vida; 17 a la libertad de pensamiento y expresión; y sólo 14 al derecho de propiedad privada y a los derechos del niño. Hay algunos derechos que apenas han sido protegidos frente a violaciones, como la libertad de conciencia y religión (apenas un caso); la protección de la familia (2 casos) y la protección de la honra y dignidad (8 casos), entre otros. Relativo a otros tratados diferentes de la Convención Americana de DD.HH.<sup>57</sup>, el tratado que encabeza el número de violaciones que la CortelDH ha declarado es la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura (45 artículos violados en particular). Le sigue la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (20 artículos violados en particular) y la Convención para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (3 artículos violados).

Las cifras anteriores pueden ser interpretadas de muchas maneras, y lo cierto es que no entregan muchas pistas acerca de la real agenda de DD.HH. existente en el sistema interamericano. Un análisis cuantitativo parece difícil, ya que las particularidades de cada caso son las determinantes de la política que lo rodea y no el artículo específico del tratado internacional que se infringe. Es muy

<sup>54</sup> Entrevista en FROST (1992) p. 179

<sup>55</sup> Entrevista en FROST (1992) p. 179

<sup>56</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 7.

<sup>57</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 8.



probable que si se revisan las demandas de la Comisión y se distinguen los artículos que son infringidos, el resultado deficiente sea igual. Sin perjuicio de todo lo anterior, no deja de llamar la atención el escaso interés del sistema interamericano por cuestiones tradicionalmente asociadas a la derecha (propiedad, familia, libertad religiosa, honra) y la alta valoración de las causas seguidas por violaciones cometidas durante regímenes de facto o durante períodos de inestabilidad y conflicto político. Más evidencia y análisis cualitativo será necesario para profundizar las preguntas que naturalmente emanan de lo anterior.

## V. Falencias democráticas al sistema interamericano

Dividiremos esta sección en tres apartados. Cada uno de ellos representa una falencia democrática diferente, aunque si se combinan (como de hecho ocurre) operan con mayor fuerza. En primer lugar (5.1), la falta de una doctrina de deferencia o margen de apreciación; en segundo lugar (5.2), el problema del *accountability*; y en tercer lugar (5.3), la objeción democrática propiamente tal, relativa a la pertenencia y conexión del sistema interamericano con las comunidades políticas que aspira a regir, y al rol de los jueces en el uso de fuentes normativas que contienen DD.HH.

### V.1. Ausencia de una doctrina de deferencia

En el sistema europeo de DD.HH., la Corte Europea ha desarrollado una doctrina denominada “margen de apreciación”, mediante la cual se ha perseguido respetar y ser deferente con los diversos Estados en la interpretación que ellos tienen respecto de ciertos DD.HH. cuya aplicación jurisdiccional ha originado conflicto<sup>58</sup>. Con ello, el sistema europeo pretende equilibrar su pretensión de universalidad en el tratamiento de los DD.HH. (evitando las controversias mayores) con la independencia democrática de los diferentes Estados miembros del sistema europeo<sup>59</sup>. Así, por ejemplo, si un Estado tiene una comunidad política cuyas instituciones democráticas han determinado la prevalencia de una concepción específica del derecho a la vida (impidiendo el aborto, por ejemplo), la Corte Europea es deferente al entender que el precepto que reconoce el derecho a la vida origina diversas interpretaciones y lecturas morales válidas. De esta manera, utilizando la misma normativa europea, se puede concluir válidamente que la interpretación de la misma conduce a resultados diferentes en Estados diversos, dependiendo de algunos factores que se consideran.

<sup>58</sup> Sobre el margen de apreciación, véase entre otros a SWEENEY (2005); DEL TORO (2007) pp. 33-41; BENAVIDES (2009); BARBOSA (2011).

<sup>59</sup> Véase especialmente el trabajo de SWEENEY (2005) y, entre nosotros, véase el trabajo de BENAVIDES (2009).

Esta doctrina del margen de apreciación ha originado críticas por la vaguedad que ella implica<sup>60</sup>, pero ha sido eficaz en la armonización de los intereses de los diversos Estados en materia de DD.HH. Dicha doctrina también ha sido útil para legitimar el rol de la Corte, la que parece estar consciente del déficit democrático de que adolece.

En el contexto interamericano, sin embargo, no existe una doctrina similar<sup>61</sup>. De existir una agenda politizada en el sistema interamericano (cuestión probable pero que no hemos demostrado todavía), la misma operaría sobre la base de instituciones que guardan poca deferencia con los Estados sujetos a su jurisdicción, lo que la haría más fuerte ante una crítica democrática en contra de la misma.

Resumiendo lo anterior, en las secciones anteriores demostramos la existencia de un diseño institucional que, lejos de estimular la independencia judicial, parece promover y replicar los equilibrios políticos interamericanos en la CortelDH. Junto con ello, constatamos que dichos equilibrios son muy diferentes a los nacionales y que el perfil de los jueces que llegan al sistema interamericano responde a patrones similares que probablemente se vinculan al sistema de nombramiento y al control posterior de dichos jueces. En esta sección, sugerimos la probable existencia de una agenda política al interior del sistema interamericano, lo que se suma a una doctrina que puede ser calificada de activista (como opuesta la deferencia). Todo lo anterior, parece conducir a una situación en que la CortelDH tiene estímulos para fortalecer sus propios poderes, incluso promoviendo que jueces domésticos extiendan los mismos dentro de los ordenamientos jurídicos locales. En la sección siguiente revisaremos si lo anterior puede, en la teoría, representar un problema de legitimidad del sistema interamericano de DD.HH. A dicho problema lo denominaremos "la objeción democrática"<sup>62</sup>.

## V.2. *Accountability*: ¿de qué y ante quién se rinden cuentas?

Como se ha analizado en las secciones anteriores, los mecanismos de *accountability* de los miembros de la Comisión y la CortelDH son débiles.

<sup>60</sup> Véase por ejemplo GARCÍA R. (2007) y BARBOSA (2011). Este último promueve la existencia de límites al margen de apreciación con el objeto de proteger a las minorías, lo que parece defender una concepción más activista acerca del rol de los jueces internacionales.

<sup>61</sup> Aunque ha habido cuestiones excepcionales que parecen acoger algún nivel de deferencia, ellas no representan una doctrina jurisprudencial. Véase DEL TORO (2007) y BARBOSA (2011). María Angélica Benavides, por su parte, explica que ello se debe a dos razones: en primer lugar, a que la CortelDH observa una tendencia hacia el universalismo y, en segundo lugar, a que la CortelDH ha recibido una baja tasa de casos como para construir una doctrina como la del margen de apreciación. BENAVIDES (2009) p. 308

<sup>62</sup> Lo anterior, debido a una analogía con el lenguaje utilizado comúnmente en contra de la justicia constitucional. Véase por ejemplo un antiguo trabajo de Fernando ATRIA (1993)

Específicamente el *accountability* público (*public accountability*) expresa la idea de que aquellas personas con cargos públicos deben ser capaces de responder por las atribuciones y potestades que acarrean sus cargos<sup>63</sup>. Este concepto se vuelve aun más confuso cuando el que debe rendir cuenta es un funcionario que representa al Estado en organismos internacionales.

Cabe preguntarse en qué momento la persona estará rindiendo cuentas como individuo que sirve al Estado, como representante de éste a nivel Internacional, o como parte de la organización internacional. En efecto, "no existe un gobierno mundial que sea capaz de controlar efectivamente el comportamiento de las naciones que persiguen sus propios intereses egoístas"<sup>64</sup>.

En las organizaciones internacionales no son las naciones como tal, sino son representantes o delegados los que son los actores. Son individuos que ofrecen velar por los intereses nacionales, pero que el enfoque de la opinión pública sostiene que defienden sus propios intereses. El interés nacional es solo un determinante de sus decisiones, los representantes están marcados por un conflicto entre las reglas constitucionales y las reglas de los votantes, donde en ocasiones unas se desvían de las otras.<sup>65</sup>

En este sentido, en las Cortes Internacionales los jueces deberían ser imparciales. La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad<sup>66</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario<sup>67</sup>. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona<sup>68</sup>. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta<sup>69</sup>, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho.<sup>70</sup>

<sup>63</sup> DOWDLE (2006) p. 3

<sup>64</sup> FREY (1997) p. 109

<sup>65</sup> FREY (1997) p. 113

<sup>66</sup> PULLAR (1996) p. 8 Cfr. *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, § 30, y *Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28.

<sup>67</sup> Cfr. *Daktaras v. Lithuania*, N°. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), § 30.

<sup>68</sup> Cfr. *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A N°. 53, y *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A N°. 86.

<sup>69</sup> Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59.

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008

### V.3. El poder de los jueces en materia de DD.HH. y pertenencia del sistema interamericano a la comunidad política democrática local

La objeción democrática puede ser planteada desde dos perspectivas diferentes que, sin embargo, se complementan: en primer lugar, desde la naturaleza de la interpretación jurídico-moral que entregan los DD.HH.; y en segundo lugar, desde la pertenencia de la institucionalidad de DD.HH. con las comunidades a que pretende regir<sup>71</sup>.

La primera perspectiva tiene un lugar común con la crítica que varios autores han hecho a la justicia constitucional en general. Si bien se trata de un debate muy antiguo que encuentra antecedentes en la crítica clásica de Jefferson, la literatura actual abunda en esta materia y la discusión permanece vigente. Famoso se ha hecho el debate en EE.UU. entre Jeremy Waldron y Richard Fallon<sup>72</sup> y, entre nosotros, entre Fernando Atria, Patricio Zapata y, recientemente, Lucas Mac-Clure<sup>73</sup>. De acuerdo a esta perspectiva, la interpretación judicial de los DD.HH. que conlleva a la revisión judicial de las leyes es problemática, en cuanto importa un poder contramayoritario que permite la prevalencia de una concepción moral de los derechos por parte de unos jueces no electos por sobre las instituciones representativas. Sabido es que los DD.HH. pueden ser interpretados de manera muy variada, admitiendo diferentes lecturas morales alternativas que se oponen. La interpretación judicial puede ser diferente a la que hace la sociedad a través de sus representantes, y si ambas están en conflicto, el sistema de supremacía constitucional hace prevalecer la judicial. Así, los jueces pueden revisar la validez jurídica de una norma emanada de un legislador que goza de mayor legitimidad popular. Esta crítica a la justicia constitucional abre varias preguntas relacionadas con el rol del Derecho, la visión de constitucionalismo, los conceptos diversos de democracia y el diseño institucional y el *accountability* de los jueces, entre otras.

No es nuestro interés profundizar acá esta crítica. Llama la atención la acogida relativa que ella ha tenido entre nosotros al impulsar doctrinas como la deferencia razonada y la presunción de constitucionalidad de la ley al interior del TC. La preocupación democrática existe en nuestro sistema, pero curiosamente

<sup>71</sup> Hay una tercera perspectiva que podría ser útil. Esta tercera perspectiva se pregunta cuál es la mejor manera de fortalecer la protección de los DD.HH., y cuestiona la eficacia de los instrumentos internacionales en este sentido. Se trata de un cuestionamiento empírico muy interesante que nosotros no desarrollamos en este trabajo. Véase un ejemplo en el trabajo de NEUMAYER (2005), quien sugiere que la ratificación de tratados internacionales no es suficiente para la protección efectiva de los DD.HH. Este autor valora la influencia de las condiciones internas de los Estados, las que parecen ser mucho más gravitantes en los hechos.

<sup>72</sup> WALDRON (1999) (2006); FALLON (2008). Véase también, a modo ejemplar, algunos de los siguientes trabajos sobre la justicia constitucional: en defensa de ella, ELY (1980); ELSTER (1984); DWÖRKIN (1996); ACKERMAN (1993) (1996); y en una perspectiva crítica y/o deferente, THAYER (1893); BICKEL (1962); TUSHNET (1999); KRAMER (2004).

<sup>73</sup> ATRIA (1993) y ATRIA (2000); ZAPATA (2008) pp. 17-134; y MAC-CLURE (2011) pp. 171-266.

ella no se ha manifestado a nivel interamericano, ni siquiera, como ya dijimos, mediante alguna doctrina que entregue algún margen de apreciación.

A nuestro juicio, si la objeción democrática a la revisión judicial de las leyes basada en los DD.HH. es cierta (parcial o totalmente), la misma se hace mucho más fuerte tratándose de tribunales internacionales que no participan del diálogo democrático con las instituciones de la comunidad política cuyas decisiones pretende regir, y que pretenden imponer un control de convencionalidad sobre la ley interna utilizando estándares ajenos a la comunidad nacional. En un escenario donde las decisiones internacionales se pretenden imponer sin debate interno por parte de actores que no rinden cuentas a nosotros y que responden a equilibrios ajenos a nuestra comunidad política, la lectura moral de los DD.HH. se hace más problemática. Ello nos lleva a la segunda perspectiva crítica.

La segunda perspectiva puede abordarse, a su vez, desde diferentes enfoques. Por un lado, ella responde a los problemas del diseño institucional y a los equilibrios del sistema interamericano (cuestión que hemos abordado en las secciones precedentes), y por otro lado a las falencias propias de las instituciones internacionales. La combinación de ambos tipos de enfoques a lo menos debe alentar el desarrollo de una crítica fuerte a la legitimidad del sistema interamericano de DD.HH.

De acuerdo al primer enfoque, y sumado a lo ya dicho, hay que constatar que el problema de la legitimidad del sistema interamericano no es nuevo. En efecto, por ejemplo, ya en 1993 Michael J. Corbera sugería prudencia en el ejercicio de las competencias adjudicatorias de la CorteIDH, recomendando consolidar la legitimidad de la CorteIDH mediante las opiniones consultivas en primer lugar, de manera que los Estados no percibieran a dicho tribunal como dictatorial o inflexible<sup>74</sup>. Por otra parte, la revisión de experiencias ajenas al sistema interamericano que han profundizado mayormente el análisis académico, pueden ser útiles, como ocurre con la literatura relativa a los modelos de designación de jueces y a los estímulos que sus arreglos institucionales generan en los actores políticos relevantes<sup>75</sup>.

La segunda preocupación proviene desde una perspectiva más amplia que reconoce las falencias de las instituciones internacionales. Una línea de trabajo perteneciente a este enfoque objeta las posibilidades de uniformar el sentido

<sup>74</sup> CORBERA (1993)

<sup>75</sup> Véase un buen ejemplo, ya citado, en el trabajo de VOETEN (2007), quien sugiere que los procesos de selección de los jueces de la Corte Europea de DD.HH. (que no difiere mucho del interamericano) son fundamentalmente políticos. Agrega que se espera lealtad del candidato nominado, que el nivel de interés público en las nominaciones es bajo, y que se observa un mayor nivel de activismo por parte de jueces de izquierda.



de la justicia en un mundo diverso y multicultural. Desde la filosofía sobre la justicia, Thomas Nagel ha desarrollado la idea de que ella se asocia fuertemente al Estado-nación, siendo muy difícil de concebir y aceptar la idea de que exista una justicia como concepto global<sup>76</sup>. Con ello, Nagel cuestiona la posibilidad de legitimar la existencia de una autoridad internacional al respecto, aunque el autor parece tolerar la existencia de un costo temporal de legitimidad. Si bien Nagel no se refiere específicamente al sistema interamericano de DD.HH., su crítica sería aplicable, en nuestra opinión, en la medida en que se demuestre que existen profundas diferencias al interior del ámbito americano. En nuestro concepto, al menos respecto de Chile, esas diferencias parecen manifiestas cuando se comparan los diversos equilibrios políticos existentes. Es cierto que existen muchos elementos de semejanza (idioma, religión, historia de independencia, Gobiernos militares), pero para ponderar la importancia de los mismos hay que compararlos con la historia política reciente y las diferencias culturales existentes, cuestión que escapa a los objetivos de este trabajo, pero que es elemental si se quiere avanzar en la línea de investigación que proponemos<sup>77</sup>.

Todo lo que se ha dicho en los párrafos precedentes se fortalece en la medida en que crece el impacto político que tienen las decisiones de la CorteIDH, cuestión que parece ser evidente en la doctrina<sup>78</sup>, o que al menos los partidarios de la tesis chilena del bloque de constitucionalidad miran con simpatía.

Considerando lo anterior, y combinando ello con el problema de la indeterminación de los DD.HH., parece sensato lo planteado por Richard Stith<sup>79</sup>, quien (aunque no se refiere al sistema interamericano de DD.HH.) concluye que cuando no puede distinguirse de manera clara entre interpretación jurídica y política, se hace necesario impulsar políticas que estimulen el pluralismo interpretativo y la coordinación institucional. Si esta idea la llevamos al contexto interamericano y chileno, fácil es concluir que la libertad y autonomía interpretativa de los jueces locales debe ser defendida como un bien que fortalece nuestra democracia y Estado de Derecho y que deben resistirse las doctrinas que promueven la uniformidad interpretativa en congruencia con los dictados de la CorteIDH. Es cierto que lo anterior conlleva un posible costo para la responsabilidad internacional del Estado, cuestión que habrá que asumir si los actores políticos relevantes (legislador, constituyente, TC) deciden mantener las diferencias existentes con la doctrina de la CorteIDH. En este contexto, y ante la improbable revisión del diseño institucional del sistema interamericano en

<sup>76</sup> NAGEL (2005)

<sup>77</sup> Entre nosotros, el autor que más ha desarrollado la idea de la autonomía de la comunidad política frente a las decisiones internacionales, es Manuel Núñez, mediante el concepto de "identidad constitucional", la relación entre el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional y los efectos de dicha relación sobre los instrumentos de control constitucional domésticos. Véase NÚÑEZ (2008) (2009) (2010)

<sup>78</sup> Véase por ejemplo a MEDINA (1990) p. 461.

<sup>79</sup> STITH (2008)

el corto plazo, urge la defensa y construcción de una doctrina de deferencia o de la promoción de más instrumentos propios de *soft law* que permita armonizar la independencia de las comunidades políticas con el ideal de avanzar en los estándares democráticos y de protección de los DD.HH. Es cierto que dicha doctrina probablemente tendrá otros problemas<sup>80</sup>, pero esos costos son mucho menos importantes que los probables extremos a los que la doctrina del bloque de constitucionalidad conlleva.

## VI. Conclusiones

1. El sistema interamericano de protección de DD.HH. adolece de serias deficiencias democráticas. El régimen judicial no cuenta con arreglos institucionales que defiendan y promuevan la independencia de los jueces o que estimulen un *accountability* relacionado con las comunidades políticas a las que pretende regir.

2. De la evidencia analizada se infiere, entre otras cosas, que el diseño institucional del régimen interamericano, analizado desde la perspectiva de la composición de la Comisión y la Corte no: (i) refleja los equilibrios políticos de la región; (ii) los equilibrios políticos al interior de cada país de la región; y (iii) es además muy diferente al equilibrio que se observa en nuestra comunidad política local. Sin embargo, varias preguntas requieren del análisis y procesamiento de mayor información. ¿Cómo sesiona internamente la CIDH? En los casos en que los Estados han sido condenados, ¿qué tipo de consideraciones con el mismo se han tenido a la vista? ¿Existen grupos o alianzas de jueces al interior de la CIDH? ¿A qué tipo de ejes responden? ¿Cuáles son los efectos concretos del sistema de reelección en el comportamiento de los jueces? Estas y otras preguntas requieren de la profundización de la línea de investigación que se propone en este trabajo, aunque creemos haber aportado datos relevantes en este sentido

3. La Corte IDH, a diferencia de su par europeo, no ha desarrollado doctrinas que respeten la autonomía de los Estados o que promuevan la pluralidad interpretativa. Este tipo de doctrinas parecen saludables en un contexto de diversidad cultural, política y social, ya que ellas permiten entregar una respuesta equilibrada a las críticas en contra del déficit democrático de las instituciones internacionales.

<sup>80</sup> Una útil analogía a estos problemas puede encontrarse en la experiencia europea. En este contexto, véase por ejemplo la crítica a las *balencias* de la tesis del margen de apreciación en GARCÍA R. (2007). En este trabajo se dice que el margen de apreciación no es una doctrina ni un elemento de interpretación, tiene dificultades en la generación de sentencias predecibles, aunque su vaguedad e imprecisión no necesariamente dificultan su objetivo real: eludir problemas mayores.

4. No hemos promovido (ni lo haremos) el incumplimiento de compromisos internacionales (ni la desvinculación de Chile del sistema interamericano), los que parecen muy importantes en el contexto de apertura que vive nuestro país hacia los mercados internacionales. Sin embargo, creemos que un diagnóstico acertado que sea escéptico acerca de los alcances reales de la justicia interamericana sugiere una revisión de algunas cuestiones que no son pacíficas en la actualidad, como la tesis del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, sabido es que los jueces domésticos deben aplicar los tratados internacionales, sin embargo, es discutible si se les permite tener una interpretación diferente de la que realiza la CorteIDH o la Comisión, especialmente en casos donde estas instituciones se han pronunciado sin que el Estado de Chile haya sido parte. Este tipo de cuestiones deben ser analizadas con prudencia, ya que los costos democráticos pueden ser muy altos para nuestra comunidad política.

5. Las cortes internacionales responden a una lógica muy diferente de los jueces locales, tanto en sus procesos como en el nivel de participación que admiten en ellos. Asimismo, el tipo de medidas que las sentencias adoptan son muy variadas y no se limitan a la adjudicación ordinaria de derechos que se observa en la jurisdicción local. Esto abre las puertas a políticas judiciales deferentes con los Estados miembros, que sean capaces de promover modificaciones normativas internas sin ser vinculantes de manera directa, sin perjuicio de los efectos propios de la responsabilidad internacional. Una visión más activista de la justicia interamericana, defendida por algunos, fortalece la crítica democrática que hemos formulado al promover un excesivo intervencionismo.

6. Todo lo anterior sugiere la conveniencia de revisar el diseño institucional de algunos aspectos del sistema interamericano. En futuras investigaciones se debería estudiar la posibilidad, por ejemplo, de incrementar los quórumos en la Asamblea para el nombramiento de miembros de la Comisión y de jueces de la CorteIDH; de fortalecer las mayorías que operan al interior de la CorteIDH; de revisar el tipo de medidas que esta última puede adoptar atendidas las diferencias casuísticas que corresponden; de promover una doctrina similar a la del margen de apreciación; de indagar los mecanismos procesales para que, sin renunciar a la representación monolítica de los Estados, se pueda entregar algún nivel de participación a quienes son contrarios a la demanda específica que la CorteIDH conoce; de buscar la mejor manera de equilibrar los controles constitucionales locales con el respeto a los tratados internacionales; de revisar los fundamentos y la manera más prudente en que pueda operar el control de convencionalidad del orden legal doméstico, entre otras cosas. Creemos que un inteligente diseño de estos aspectos puede generar un equilibrio importante entre el respeto por los compromisos internacionales y la independencia de comunidades políticas democráticas. De esta manera, el diagnóstico crítico que realizamos en nuestro trabajo puede arrojar cambios significativos si se considera lo anterior.

**ANEXO I**Tendencia política de los Gobiernos actuales<sup>81</sup>

<b>País</b>	<b>Jefe de Estado (al 2011)</b>	<b>Izquierda/ centro- izquierda</b>	<b>Derecha/ centro- derecha</b>
Antigua y Barbuda	Baldwin Spencer	X	
Argentina	Cristina Kirchner	X	
Bahamas	Hubert Ingraham	X	
Barbados	Freundel Stuart	X	
Belize	Dean Barrow		X
Bolivia	Evo Morales	X	
Brasil	Dilma Rousef	X	
Canadá	Stephen Harper <sup>82</sup>		X
Chile	Sebastián Piñera		X
Colombia	Juan Manuel Santos		X
Costa Rica	Laura Chichilla	X	
Dominica	Roosevelt Skerrit	X	
Ecuador	Rafael Correa	X	
El Salvador	Mauricio Funes	X	
Estados Unidos <sup>83</sup>	Barack Obama	X	
Granada	Tillman Thomas	X	
Guatemala	Álvaro Colom	X	
Guyana	Sam Hindis	X	
Haití	Gary Conellie		Indep.
Honduras	Porfirio Lobo		X
Jamaica	Andrew Holmes		X
México	Felipe Calderón		X
Nicaragua	Daniel Ortega	X	
Panamá	Ricardo Martinelli		X
Paraguay	Fernando Lugo	X	
Perú	Ollanta-Humala	X	
República Dominicana	Leonel Fernández	X	

<sup>81</sup> Elaboración propia con datos parciales de p. 13 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>. Se insertan todos los países pertenecientes a la OEA, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana de DD.HH., o de que hayan reconocido la jurisdicción de la Comisión o de la CorteIDH, ya que todos ellos ejercen algún grado de influencia en los procesos de negociación. Sin perjuicio de que los Estados que no han ratificado la Convención no pueden proponer candidatos, igual participan del proceso de selección en la Asamblea, cuestión que parece una anomalía.

<sup>82</sup> Debe tenerse presente que, técnicamente, Stephen Harper es Jefe de Gobierno.

<sup>83</sup> Es muy probable que la categorización de derecha e izquierda, para efectos de un análisis internacional, no sea apropiada en el caso de EE.UU., por lo que esta información debe ser analizada con mayor detención.

<b>País</b>	<b>Jefe de Estado (al 2011)</b>	<b>Izquierda/ centro- izquierda</b>	<b>Derecha/ centro- derecha</b>
Saint Kitts y Nevis	Denzil Douglas	X	
San Vicente y las Granadinas	Ralph Gonsalves	X	
Santa Lucía	Stephenson King		X
Surinam	Dési Bouterse	X	
Trinidad y Tobago	Kamla Persad-Bissessar	X	
Uruguay	José Mujica	X	
Venezuela	Hugo Chávez	X	

## ANEXO II

Perfil de jueces de la CorteIDH y tendencia del Ejecutivo que promovió nominación<sup>84</sup>

<b>Juez</b>	<b>Datos anteriores relevantes</b>	<b>Ejecutivo, partido político, país</b>	<b>Tendencia</b>
Leonardo Franco	Especialista DD.HH., refugiados y migraciones; Secretario DD.HH. Provincia Buenos Aires; Subsecretario en Min. Relaciones Exteriores, Argentina; exiliado en dictadura	Néstor Kirchner Argentina. P. Justicialista	Izquierda
Diego García-Sayán	Vinculado a varias ONGs; consultor en DD.HH. y responsabilidad social; congresista; deportado político; Min. Relaciones Exteriores	Alejandro Toledo Perú P. Perú Posible	Centro- Izquierda
Manuel Ventura	Miembro Consejo Editorial Revista Instituto Brasileiro Direitos Humanos; miembro ex officio Asamblea General del Instituto Interamericano de DD.HH.	Abel Pacheco Costa Rica P. U. Social C.	Centro- Derecha

<sup>84</sup> Elaboración propia con datos obtenidos en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *composición Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 1 de diciembre del 2011 (se actualiza permanentemente) [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm> y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *jueces que han integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, fecha de publicación en la web 3 de junio del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/jueces.pdf>. Entre otros



<b>Juez</b>	<b>Datos anteriores relevantes</b>	<b>Ejecutivo, partido político, país</b>	<b>Tendencia</b>
Alberto Pérez	Dir. Inst. Derecho Constitucional y DD.HH.; destituido en U. de la República por Gob. Militar y exiliado; Director Jurídico Intendencia Montevideo (de confianza de Tabaré Vázquez); candidato por el "Frente Amplio".	Tabaré Vázquez Uruguay P. Frente Amplio	Izquierda
Eduardo Vio	Embajador y dir. jurídico Min. Relaciones Exteriores; miembro varias comisiones y del Tribunal Supremo de Democracia Cristiana.	Michelle Bachelet Chile P. Socialista	Izquierda
Rhadys Iris	Canciller; embajadora; asesora de DD.HH.; miembro As. Nac. de Mujeres Votantes y de Consejo Nac. de Mujeres.	Leonel Fernández R. Dominicana P. Liberación D.	Centro-Izquierda
Margarette May	Participe múltiples causas políticas y de lobby; columnista de diario sobre DD.HH.; especialista en derechos de la mujer, violencia doméstica y sexual, acoso sexual, entre otras.	P. J. Patterson Jamaica People's N. Party	Centro-Izquierda

**ANEXO III****Perfil de miembros de la Comisión y tendencia del Ejecutivo que promovió nominación<sup>85</sup>**

<b>Miembro</b>	<b>Trabajo anterior relevante</b>	<b>Ejecutivo, partido político, país</b>	<b>Tendencia</b>
Paulo Serio	Miembro varias organizaciones de DD.HH. y ONGs; partícipe diversos programas internacionales de DD.HH.; Secretario Estado de Sao Paulo; Fiscal plan DD.HH. de Sao Paulo; Min. de DD.HH.de Brasil.	L. I. Lula da Silva Brasil P. Trabajadores	Centro- Izquierda
Felipe González	Dir. prog. DD.HH. U. Diego Portales.; Dir. prog. sist. judicial y racismo CEJA; consultor Inst. Interamericano DD.HH. y de <i>Human Rights Watch</i> , vinculado a Fundación Konrad Adenauer.	Michelle Bachelet Chile P. Socialista	Izquierda
Luz Mejía	Dir. jurídica en Min. Público; Dir. jurídica Defensoría del Pueblo; Asoc. de mujeres para ayuda recíproca; miembro colectivo de Derechos Humanos progresistas.	Hugo Chávez P. Venezuela Socialista Unido	Izquierda
Rodrigo Escobar	Magistrado Corte Constitucional de Colombia; Dir. Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia; Consultor del BID.	Alvaro Uribe P. Colombia Primero Colombia	Centro- Derecha
Jesús Orozco-Henríquez	Juez Corte Electoral con marcado acento en la utilización de la jurisprudencia del sistema interamericano; titular departamento investigación UNAM.	Felipe Calderón México P. Acción Nac.	Centro- Derecha

<sup>85</sup> Elaboración propia con datos mayoritariamente obtenidos de las siguientes páginas web: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03357-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2006/AG03334s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03374s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/ag042795-2.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04543T.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04302E-2.pdf>

<b>Miembro</b>	<b>Trabajo anterior relevante</b>	<b>Ejecutivo, partido político, país</b>	<b>Tendencia</b>
Dinah Shelton	Consultora y miembro de varias organizaciones y experta en materia medioambiental; académica en varias universidades; cargo directivo en Corte Federal; juez Corte medioambiental de arbitraje y conciliación.	Barack Obama P. Estados Unidos P. Demócrata	Centro-Izquierda <sup>86</sup>
María Silvia Guillen	Dir. organización de DD.HH.; miembro Corte de Apelaciones; ganadora de premios a su defensa de DD.HH.; vinculada a investigaciones varias.	Carlos M. Funes El Salvador P. FMLN	Izquierda

<sup>86</sup> Cabe hacer presente que, como ya advertimos anteriormente, los ejes políticos en EE.UU. probablemente no son útiles para entender la manera en que dicho país se relaciona internacionalmente con otros sujetos de derecho internacional, cuestión que hace más complejo un análisis científico del problema.

**ANEXO IV**Actividades realizadas por ex jueces de la CortelDH<sup>86</sup>

<b>Juez</b>	<b>Año retiro</b>	<b>País</b>	<b>Trabajo posterior relevante</b>
Cecilia Medina	2009	Chile	Prof. y Dir. Centro de DD.HH. U. de Chile
Sergio García	2009	México	Académico e investigador UNAM derecho penal y procesal
Antonio Cancado	2006	Brasil	Juez Corte Internacional de Justicia
Alirio Abreu	2008	Venezuela	Falleció
Oliver Jackman	2006	Barbados	Falleció
Carlos de Roux	2003	Colombia	Concejal de Bogotá y postulando a reelección por Partido Progresista
Máximo Pacheco	2003	Chile	Profesor emérito U. de Chile
Héctor Fix-Zamudio	1997	México	Miembro consejo consultivo DD.HH., México; Varios cargos en ONU; prof. UNAM.
Rafael Nieto	1994	Colombia	Embajador de una serie de países; Abogado integrante Corte Suprema de Colombia
Sonia Picado	1994	Costa Rica	Embajadora en EE.UU.; diputada; Presidenta Inst. Interamericano de DD.HH
Asdrúbal Aguiar	1994	Venezuela	Gobernador Distrito Federal Venezuela; Min. Secretario de Presidencia y de Relaciones Exteriores.
Thomas Buergenthal	1991	EE.UU.	Juez tribunal del BID; Comité de DD.HH. de la ONU; juez Corte Internacional de Justicia.
Orlando Tovar	1991	Venezuela	Falleció
Julio A. Barberis	1991	Argentina	Juez tribunal competente en caso "Laguna del Desierto"; juez tribunal administrativo de la OIT. Falleció recientemente
Héctor Gros	1990	Uruguay	Min. Relaciones Exteriores; embajador en Francia. Falleció el 2009.

<sup>86</sup> Elaboración propia utilizando información de COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *miembros de la CIDH*, fecha de publicación en la web 9 de septiembre del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Miembros%20anteriores.htm>. Falta información de Hernán Salgado (quien dejó su cargo en 2003), Alejandro Montiel (1997) y Polcarpo Callejas (1991). Además de otra información obtenida de diversas páginas web.

## Referencias bibliográficas

### 1. Artículos, libros y capítulos de libros

ACKERMAN, BRUCE (1993): *We The People. Foundations* (New York, The Belknap Press of Harvard University Press)

ACKERMAN, BRUCE (1998): *We The People. Transformations* (New York, The Belknap Press of Harvard University Press)

ACOSTA, ALVARADO, Paola Andrea (2007) "Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?". [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2011]: <http://www.eplo.eu/alfall/docs/Grant%20Holders/Paola%20Andrea%20Acosta%20Alvarado.pdf>

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

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

ATRIA, FERNANDO (2000): "Revisión Judicial: el Síndrome de la Víctima Insatisfecha". Disponible en: [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_1081.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1081.html) [Fecha de consulta: 17 de agosto 2011].

BALUARTE, DAVID (2005) "Elección de jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año I, N° 1: pp. 120-121.

BARBOSA, DELGADO, Francisco (2011): "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", en *Revista Derecho del Estado*, N° 26: pp.107-135.

BENAVIDES CASALS, María Angélica (2009): "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", en *Ius et Praxis*, Año 15, N° 1: pp. 295-310.

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.

BICKEL, ALEXANDER (1962 edición de 1986): *The Least Dangerous Branch* (New York, Yale University Press).

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

BUERGENTHAL, THOMAS (1982): "The Inter-American Court of Human Rights", en *The American Journal of International Law*, vol. 76: pp. 232-245.



BURGIS, TOM, y ZADEK, SIMON (2006) *Reinventing Accountability for the 21<sup>st</sup> Century*, Accountability, London. [http://works.bepress.com/andreas\\_schedler/22/](http://works.bepress.com/andreas_schedler/22/)

CALABRESI, STEPHEN, y LINDGREN, James (2006): "Term Limits for Supreme Court: Life Tenure Reconsidered", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.29 N° 3: pp. 769-877.

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

CANCADO, TRINDADE, Antonio A. (2003) "Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano", en *Revista IIDH*, vol. 37: pp. 53-83.

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.

CORBERA, MICHAEL (1993): "In the Wrong Place, at the Wrong Time: Problems with the Inter-American Court of Human Rights Use of Contentious Jurisdiction", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 25: pp. 919-950.

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.

DEL TORO HUERTA, MAURICIO (2007): "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", en Manuel BECERRA RAMÍREZ (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento* (D.F México, UNAM) pp. 23-61.

DELGADO, JORGE LUIS (1999): "The Inter-American Court of Human Rights", en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 5: pp. 541-549.

DOWDLE, MICHAEL (2006). *Public Accountability: Designs, Dilemmas and experiences* (Cambridge Studies in Law and Society).

DWORKIN, RONALD (1996): *Freedom's Law* (New York, Harvard University Press).

ELSTER, JON (1984): *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (New York, Cambridge University Press).

ELY, JOHN H. (1980): *Democracy and Distrust* (New York, Harvard University Press).

FALLON, RICHARD H. Jr. (2008) "Core of an Uneasy Case for Judicial Review", *Harvard Law Review*, vol. 121: pp. 1693-1736.

FEREJOHN, JOHN (1999): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence", en *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 353-384.

FEREJOHN, JOHN, y KRAMER, LARRY (2002): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", en *N.Y.U Law Review*, vol. 77: pp. 962- 1039.

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.

FREY, BRUNO S. (1997): "The public choice of international organizations", en MUELLER, Dennis C: *Perspectives on Public Choice* (Cambridge, Cambridge University Press): pp. 106-122.

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

GARCIA G., JOSÉ FRANCISCO (2007): "Tres Aportes Fundamentales de El Federalista a la Teoría Constitucional Moderna", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 20, N° 1: pp. 39-59.

GARCIA ROCA, JAVIER (2007): "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20: pp. 117-143.

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

HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2009) *Las fuentes formales del Derecho* (Santiago, Legal Publishing).

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.

KRAMER, LARRY (2004): *The People themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press).

LANDA ARROYO, CÉSAR (2005) *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Perú, Palestra Editores).

LYNDA, FROST (1992) "The Evolution of The Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges", en *Human Rights Quarterly*, vol. 14, N° 2: pp. 171-205.

MAC-CLURE, LUCAS (2011) "Tribunal Constitucional y los derechos: la discusión pendiente", en SIERRA y MAC-CLURE *Frente a las Mayorías. Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, CEP, CIEPLAN, LyD, PNUD, Project America, Auditoría a la Democracia) pp. 171-275.

MEDINA, CECILIA (1990) "The Inter-American Commission on Human Rights and The Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture", en *Human Rights Quarterly*, vol. 12: pp. 440-464.

MOHOR, SALVADOR, y VARAS, PAULINO (2000): "Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales", en *Temas de Derecho*, Año XV, N° 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, THOMAS (2005): "The Problem of Global Justice", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, N° 2: pp. 113-147.

NEUMAYER, ERIC (2005): "Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?", en *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, N° 6: pp. 925-953.

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.

NOGUEIRA, HUMBERTO (1997) *Dogmática Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca).

NOGUEIRA, HUMBERTO (2006) *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia).

NOGUEIRA, HUMBERTO (2010) *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. (Tercera edición, Librotecnia). Tomo I.

NÚÑEZ P., MANUEL (2008): "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", en *Ius et Praxis*, Año 14, N° 2: pp. 331- 372.

NÚÑEZ P., MANUEL (2009): "La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional", en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII: 487-529.

NÚÑEZ P., MANUEL (2010): "Sobre la Declaración de Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2: pp. 431-464.

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*, 29 de noviembre de 2006 [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2011] Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/ponencias.htm> .

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

PRÉCHT 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.

QUIROGA LEÓN, ANÍBAL (2005): "Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", en *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1: pp. 243-262.

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 (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 1 N° 1: pp. 47-53.

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 BASCUÑÁN, ALEJANDRO (2002) *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo VIII.

STITH, RICHARD (2008): "Securing the Rule of Law through Interpretative Pluralism: An Argument from Comparative Law", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35: pp. 401-448.

STRASS, DAVID, y SCOTT, RYAN (2007): "An Empirical Analysis of Life Tenure: A Response to Professors Calabresi and Lindgren", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30: pp. 791-830.

SWEENEY, JAMES (2005): "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, N° 2: pp. 459-474.

THAYER, JAMES B. (1893) "Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. VII: pp. 129-156.

TUSHNET, MARK (1999): *Taking the Constitution away from the Courts* (New Jersey, Princeton University Press).

TÓRTORA ARAVENA, HUGO (2010): "La Relativa Irrelevancia de la Teoría de la Separación de los Poderes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, *Estudios de Derecho Público* (Santiago, Legal Publishing), pp. 117-143.

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.

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.

VARGAS, MANUEL (1983): "Individual Access to the Inter-American Court of Human Rights", en *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 16: pp. 601-617.

VENTURA ROBLES, MANUEL E. (2005) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente", *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año I, N° 1: pp. 12-26

VERDUGO R., SERGIO (2010): "Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional", en *Actualidad Jurídica*, Año XI, N° 22: pp. 55-100.

VOETEN, ERIK (2007): "The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights", en *International Organizations*, vol. 61: pp. 669-701.

WALDRON, JEREMY (1999): *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press).

WALDRON, JEREMY (2006): "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, N° 6: pp. 1346-1406.

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

## 2. Sentencias citadas

### 2.1 Del Tribunal Constitucional Chileno

TC, rol 567 del 3 de junio del 2010

TC, rol 740 del 18 de abril del 2008

TC, rol 790 del 11 de diciembre del 2007

TC, rol 807 del 4 de octubre del 2000

TC, rol 986 del 30 de enero del 2008

TC, rol 1130 del 7 de octubre del 2008

TC, rol 1254 del 29 de julio del 2009

TC, rol 1288 del 25 de agosto del 2009

TC, rol 1295 del 6 de octubre del 2009

TC, rol 1361 del 31 de marzo del 2007

TC, rol 1365 del 8 de abril del 2010

TC, rol 1656 del 1 de septiembre del 2009.

TC, rol 1683 del 4 de enero del 2011

TC, rol 1732 del 21 de junio del 2011 (acumulado rol 1800)

TC rol 1800 del 21 de julio del 2011 (acumulado rol 1732)



TC, rol 1881 del 3 de noviembre del 2011

TC, rol 1988 del 24 de junio del 2011

## **2.2. De la Corte Interamericana de DD.HH.**

*Olmedo Bustos y otros v. Chile*, 2001, Serie C N° 73

*Palamara Iribarne v. Chile*, 2005, Serie C N° 135

*Claude Reyes y otros v. Chile*, 2006, Serie C N° 151

*Almonacid Reyes y otros v. Chile*, 2006, Serie C N° 154

*Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, 2010, Serie C N° 219

*Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010, serie C N° 220

*Gelman v. Uruguay*, 2011, Serie C N° 221

## **3. Otros**

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>

SERVICIO ELECTORAL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: [http://www.servel.cl/controls/neochannels/neo\\_ch1/neochn1.aspx](http://www.servel.cl/controls/neochannels/neo_ch1/neochn1.aspx)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *composición Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 1 de diciembre del 2011 (se actualiza permanentemente) [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2006, 2007 y 2009) *currículum de los jueces actuales*, fecha de publicación en la web difiere conforme el juez [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://scm.oas.org/es.asp>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *convención interamericana de derechos humanos ratificaciones y denuncias*, fecha de publicación en la web enero 20 del 2009 [fecha de consulta 2 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *jueces que han integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, fecha de publicación en la web 3 de junio del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/jueces.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *miembros de la CIDH*, fecha de publicación en la web 9 de septiembre del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Miembros%20anteriores.htm>

# Normas “circunstanciales”

**Nicolás Enteiche Rosales<sup>1</sup>**

Profesor Investigador, Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** Este artículo aborda críticamente las que denominaremos normas “circunstanciales”. Efectuamos lo anterior ilustrando casos de la realidad chilena en los que hechos específicos han motivado proyectos específicos de modificación al ordenamiento jurídico. Posteriormente analizamos las premisas que la autoridad debería respetar al fundamentar los proyectos, y la vía por la que efectivamente lo hace. Terminamos entregando algunas conclusiones.

\*\*\*

## Introducción

Es frecuente encontrarnos con normas motivadas por situaciones coyunturales y todavía en pleno desarrollo. Si bien las leyes y actos administrativos generales responden a la previa existencia de una necesidad pública, su causa directa e inmediata suele obedecer a un problema aún no decantado pero con gran repercusión en los medios de comunicación social, encabezado por un grupo de personas con un interés específico, que genera un conflicto político, y finalmente gana la inmediata dedicación y acción jurídica de las diversas autoridades.

El efecto de lo anterior son decisiones normativas que no son soluciones, proyectos de normas que no están debidamente fundados y que además generan problemas más que remedios. Propicia lo anterior la inexistencia de un “control jurídico de calidad” de las normas, dejando a merced de la autoridad las razones de mérito que impulsan la producción estatal.

En este artículo describiremos el origen de múltiples normas de similar proveniencia, señalaremos algunas amenazas que la coyuntura ocasione que se

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios a este artículo por parte de Iván Aróstica, Guillermo Stange y Sergio Verdugo, como también la valiosa labor de la ayudante de la Dirección de Investigación Francisca Molina.

propongan, las que denominaremos “normas circunstanciales”<sup>2</sup>. Descartamos analizar el proceso legislativo o administrativo formal<sup>3-4</sup>.

En concreto, **(I)** de forma ilustrativa, evidenciaremos normas que son originadas o impulsadas por un hecho o situación determinada, **(II)** a partir de esto, describiremos el modo en que deberían motivarse las normas, además de cómo actualmente se motivan y **(III)** finalmente expondremos nuestras conclusiones.

## I. Los hechos de presión y las normas

Respecto de distintas materias, hechos mediáticos han motivado el cambio al ordenamiento jurídico objetivo. Sigue la misma tendencia la Ley N° 20.529, que crea el “Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización”, la que respondió en su generación a la “Revolución Pingüina” de 2006.

Luego de un breve análisis de los antecedentes que dan lugar a una decisión de la autoridad, constatamos la omisión de la ponderación y calificación de toda la información necesaria a fin de adoptar una decisión razonada. Graficaremos lo anterior con algunas situaciones, distinguiendo el hecho que determina una reacción de la autoridad.

Los ejemplos más relevantes corresponden a modificaciones normativas presentadas por el colegislador. Así, detallaremos el caso (a) “Colusión de las farmacias”<sup>5</sup>, (b), “Femicidio”, (c) “Bernales”, (d) “Mayonesa Casera” y (e) “Grooming”. Por último revisaremos el caso (f) “Revolución Pingüina”.

(a) Hecho: En mayo de 2008 se da a conocer un “sospechado” ardid entre las mayores empresas distribuidoras de medicamentos y otros insumos en nuestro país, quienes habiéndose concertado previamente elevaron los precios de sus listados de medicamentos, ocasionando perjuicios a la población.

<sup>2</sup> Distinguimos del concepto de normas “circunstanciales” de la denominación similar de leyes “ad hoc”, ya que éstas dicen relación con el problema generado por leyes que aplican “medidas administrativas”, para solucionar problemas preexistentes MARTÍNEZ-CARRASCO (1995) pp. 23-24.

<sup>3</sup> Entre los autores nacionales que analizan críticamente el proceso legislativo GARCÍA (2008) y OELCKERS Y BRONFMAN (2002) pp. 43-97.

<sup>4</sup> Fue referencia directa para la elaboración de este comentario la exposición realizada por el profesor Iván Aróstica en el “Taller de Gestión por resultados para la Función Jurídica”, realizado por la Contraloría General de la República, los días 2 y 3 de septiembre de este año.

<sup>5</sup> Originalmente citado por Iván Aróstica (p. 570), entre muchos otros de la época (pp. 569-575) en ARÓSTICA (2009)

Esto ha dado lugar a un inconcluso procedimiento ante el Tribunal de la Libre Competencia<sup>6</sup>, en éste uno de los eventuales participantes (FASA) "concilió" con la Fiscalía Nacional Económica, logrando solo ser multado con 1.345 UTAs. Esta conciliación (que puede ser vista como una verdadera "confesión") fue presentada el 23 de marzo de 2009, y finalmente aceptada por el Tribunal de la Libre Competencia el 9 de abril de 2009<sup>7</sup>.

**Reacción:** Impulsado por esta eventual "conducta delictiva"<sup>8</sup> y la contradicción del acuerdo entre la Fiscalía y FASA con la normativa legal al momento existente<sup>9-10</sup>, el Ejecutivo otorgó discusión inmediata a un proyecto de ley<sup>11</sup> modificadorio del Decreto Ley N° 211, presentado con fecha 20 de junio de 2006, que tenía por finalidad, entre otras materias, entregar más facultades al Fiscal Nacional Económico<sup>12</sup>.

Así, un proyecto de ley que había estado tres años sin tramitación en el Senado fue sometido a discusión inmediata por el Ejecutivo<sup>13</sup> (lo que significaba condicionar la discusión y votación legislativa a seis días de plazo en cada cámara), se despachó súbitamente en su último trámite legislativo el 16 de abril de 2009, transformándose en la Ley N° 20.361, el 13 de julio de 2009.

La, hasta el día de hoy, presunta colusión de las farmacias impulsó decisivamente la dictación de una ley que, además de contemplar la figura de la "delación compensada"<sup>14</sup>, otorgó nuevas competencias al Fiscal Nacional Económico,

<sup>6</sup> Causa Rol N° 184-08, ante el Tribunal de la Libre Competencia. El expediente puede ser consultado en: <http://www.tdrc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID>

<sup>7</sup> Se realizó la audiencia el 1 de abril de 2009, el día 9 de abril se aceptó, con condiciones, la conciliación entre la Fiscalía y FASA.

<sup>8</sup> Esto generó la "reacción" inmediata de asociaciones de consumidores y parlamentarios, quienes hicieron masivos actos de rechazo frente a la "actitud" de las empresas LA NACIÓN (2009).

<sup>9</sup> INSTITUTO LIBERTAD (2009)

<sup>10</sup> Así también lo señala José Manuel Bustamante Gubbins: "es de público conocimiento que el acuerdo alcanzado por la Fiscalía Nacional Económica con una de las acusadas agilizó la discusión y aprobación de la última reforma a la ley de competencia chilena" CAPITAL (2011) p. 50.

<sup>11</sup> Boletín N° 4234-03 "proyecto de ley que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Construcción", ingresado con fecha 20 de junio de 2006.

<sup>12</sup> El Mensaje da pie a incrementar las facultades del Fiscal Nacional Económico, pues "(...) el otro eje central del proyecto es fortalecer las atribuciones que debe tener la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. Efectivamente, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo" (Boletín N° 4234-03, Mensaje, p. 7).

<sup>13</sup> El día 14 de abril de 2009, la Presidenta de la República hace presente la urgencia de "Discusión Inmediata" (Boletín N° 4234-03, Comisión Mixta).

<sup>14</sup> Artículo 39 bis, DL 211: "El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables. Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectiva a la constitución de elementos de prueba



quien en ejercicio de ellas puede ordenar a las policías entrar a lugares públicos y privados, descerrajar, y autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones (artículo 39 letras n.1) y n.3), Decreto Ley N° 211).

(b) **Hecho:** Desde un tiempo al día 20 de marzo de 2007, fecha en que fue asesinada Angelina Navarro Gutiérrez<sup>15</sup>, se publicitaron una seguidilla de homicidios contra mujeres, cuyos autores fueron sus antiguos o actuales convivientes o parejas<sup>16</sup>.

Estos hechos dieron lugar a manifestaciones por parte de un grupo de personas y autoridades, quienes abogaban por el término de dicha especie de homicidios<sup>17</sup>.

**Reacción:** Impulsados por el asesinato de la antedicha persona<sup>18</sup> y de las anteriores mujeres, múltiples diputados presentaron una moción, que se transformó el 12 de diciembre de 2010 en la Ley N° 20.480 que "Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, para sancionar el 'femicidio', y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre parricidio".

Por la anterior iniciativa, se incluyó el homicidio de *una ex cónyuge o una ex conviviente* en la figura penal del parricidio, del artículo 394 del Código Penal, elevando la calificación jurídica de homicidio simple al tipo agravado de parricidio en el supuesto que antiguos o actuales convivientes o parejas maten a la mujer.

(c) **Hecho:** El día 29 de mayo de 2008, el General Director de Carabineros José Bernales Ramírez, señora y su comitiva compuesta por oficiales de carabineros, fallecen en un accidente aéreo en Panamá, este hecho genera que se decrete "duelo nacional" por 3 días<sup>19</sup>.

---

*suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y 3. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud. Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada. Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo".*

<sup>15</sup> EMOL (2007) y COOPERATIVA (2007)

<sup>16</sup> COOPERATIVA (2007)

<sup>17</sup> Se realizaron una manifestaciones públicas que denunciaban la situación de indefensión de las mujeres EMOL (2007)

<sup>18</sup> "4. Que, lamentablemente, en nuestro país, son muchos los casos de asesinato de mujeres por parte de sus parejas. En efecto, sólo en el año 2007, con el fallecimiento de Angelina Navarro Gutiérrez, acaecido este martes 20 de marzo los hechos de este tipo acercan a la decena..." (Boletín N° 4937-18, Moción, p.1).

<sup>19</sup> Decreto Supremo N° 1990 de 2008.

Además de la reacción jurídico-administrativa, este hecho ocasionó gran conmoción en la sociedad chilena, por la cercanía que la figura del General Director generó en la ciudadanía<sup>20</sup>.

**Reacción:** Impulsado por el fallecimiento del General Director y su comitiva, el día 11 de agosto de 2009 se presentó por Mensaje el proyecto de ley "Otorga ascenso extraordinario al personal de Carabineros como reconocimiento póstumo"<sup>21</sup>.

Por el anterior proyecto, específicamente por su artículo primero transitorio, se posibilitó efectuar reconocimientos póstumos con vigencia retroactiva hasta seis años de la publicación de la actual Ley N° 20.487<sup>22-23</sup>.

(d) **Hecho:** El día 25 de agosto de 2011 muere una persona, y 66 son hospitalizadas, al haber consumido alimentos fabricados con mayonesa casera en un local comercial<sup>24</sup>.

**Reacción:** Cuatro días después, el Subsecretario de Salud Pública, sobre la base de este hecho y de una mencionada tendencia de "aumento sostenido de los casos con casi 250% de mayor incidencia" respecto de intoxicaciones por *Salmonella enteritidis* emitió una circular por la que se anuncia un "proyecto de decreto supremo (...) restringiendo el uso de huevos y de otros medios que no garanticen la inocuidad del producto final" (considerando 2º)<sup>25</sup>.

(e) **Hecho:** El Ministerio Público investigó algunos casos de incitación por parte de mayores de edad, quienes se hacen pasar por niños, a menores de edad,

<sup>20</sup> LA TERCERA (2008)

<sup>21</sup> El escueto mensaje del Ejecutivo no expone motivos o fundamentos de hecho a fin de efectuar tal modificación.

<sup>22</sup> La diputada informante del trámite ocurrido en Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados, Sra. Angélica Cristi, al concluir la exposición de los fundamentos del proyecto y específicamente de la discusión particular en la cuenta efectuada a la Sala, señaló "(...) Cabe recordar que varios oficiales fallecidos en un accidente aéreo acompañaban al ex general director de Carabineros, señor José Alejandro Bernales. Por lo anteriormente expuesto, la Comisión recomienda la aprobación del proyecto de ley" (Boletín N° 6648-02, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, p. 23).

<sup>23</sup> El diputado Sr. Felipe Harboe al referirse al artículo 1º transitorio del proyecto, mencionó: "En seguida, el artículo 1º transitorio faculta al general director de Carabineros para disponer ascensos póstumos de oficiales fallecidos en los últimos cinco años. Lo anterior, en razón de que los deudos de esos oficiales no han podido acceder a los beneficios. Es el caso de los familiares del Coronel Arrue, como señaló el diputado Ulloa, en la Región del Bio-bío, y de los oficiales que acompañaban al general Alejandro Bernales en aquel fatal accidente en Panamá, quienes no han podido ser ascendidos, como reconocimiento póstumo, por falta de ley. El proyecto es de toda justicia, puesto que permitirá entregar algún grado de tranquilidad y seguridad económica a las familias que conocieron la pérdida irreparable de un padre o de un esposo fallecido en acto de servicio. Caso emblemático es el del teniente coronel Óscar Tapia, oficial que integraba la comitiva del General Bernales, pues también falleció su esposa en aquel fatal accidente, dejando a sus dos hijos huérfanos, hoy al cuidado de la abuela." (Boletín N° 6648-02, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, p. 27)

<sup>24</sup> EL MERCURIO (2011) Cuerpo C p. 1.

<sup>25</sup> Circular N° 30 de 29 agosto de 2011.

para que estos últimos envíen a los primeros imágenes con contenido sexual<sup>26</sup>, no existiendo una norma que penara tal hecho.

**Reacción:** En los años 2007 y 2008 se propusieron diversos proyectos de ley que sancionaban esta figura, denominada "Grooming", y el almacenamiento de material pornográfico de menores de edad<sup>27</sup>.

Durante la tramitación de uno de aquellos proyectos de ley (Boletín 5837-07), debido a una indeterminada norma europea<sup>28</sup>, se introdujo un artículo que obligaba únicamente a los usuarios de cibercafés a ser incluidos en un registro llevado por indeterminada persona, pudiendo ser auscultados por órganos administrativos sin conocimiento ni revisión judicial previa, etc<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> BCN (2008)

<sup>27</sup> Entre ellos Boletines N° 5210-18, 5215-07 y 5837-07.

<sup>28</sup> Posiblemente (no se afirma a cual se refiere) nuestros parlamentarios se referían a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea 2006/24/CE y a la Directiva 2002/21/CE.

<sup>29</sup> Artículo 4° "Los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio.

"El responsable del establecimiento deberá exigir a los usuarios la exhibición de alguno de los documentos antes indicados en el acto de su registro y siempre que fuesen a hacer uso de un computador para los efectos señalados en el inciso precedente.

"Los establecimientos a que se refiere el presente artículo no permitirán el uso de sus computadores a las personas que no proporcionen los datos previstos en el inciso primero o que lo hicieren en forma incompleta y a las personas que no portaren alguno de los documentos anteriormente señalados, o se negaren a exhibirlos.

"Los registros a que se refiere el presente artículo tienen el carácter de reservado y su examen sólo podrá ordenarse por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso séptimo. El incumplimiento del deber de reserva establecido en el presente inciso, por parte del responsable del establecimiento o alguno de sus dependientes, será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. La reincidencia en la comisión de dicha infracción se castigará con multa de 4 a 20 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva.

"El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los incisos primero a tercero del presente artículo será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales. En el caso de una segunda condena por dicho incumplimiento, se podrá aplicar, adicionalmente, la clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. De existir una tercera condena por tal incumplimiento, se aplicará el doble de la multa y la clausura definitiva.

"De las infracciones contempladas en las disposiciones que preceden, conocerán los juzgados de policía local, conforme a las normas del procedimiento ordinario, contemplado en la ley N° 18.287, que Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

"Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, todos los establecimientos a que se refiere el inciso primero estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

"Un reglamento, dictado por el Ministerio de Justicia, determinará las características específicas del Registro que deberán llevar los establecimientos a que se refiere el inciso primero, las medidas de seguridad que deberán adoptarse y toda otra norma que resulte necesaria para su implementación.

"Lo dispuesto en el presente artículo entrará a regir noventa días después de la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que se refiere el inciso precedente."

(f) **Hecho:** Por la "Revolución Pingüina" tienen lugar manifestaciones públicas de diversa índole<sup>30</sup> y reiteradas en el tiempo<sup>31</sup> por parte de grupos sociales conformados esencialmente por estudiantes secundarios, que generan conmoción nacional.

**Reacción:** En respuesta a las movilizaciones se creó un "Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación"<sup>32-33</sup> (en adelante "el Consejo"). Las palabras de la Presidenta de la República al constituir el Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación fueron: "las movilizaciones de los jóvenes secundarios, diversas voces y actores han expresado estos días sus expectativas de contar con una educación de mucho más calidad (...)"<sup>34</sup>.

La tarea encomendada al Consejo fue "hacer recomendaciones y sugerencias para mejorar la calidad de la educación que se ofrece en escuelas"<sup>35</sup>, para esto el organismo tuvo presente que "se trata de temas que están en constante discusión, convocan a la reflexión de la mayor parte de la ciudadanía y dan pie a muchos grupos de interés"<sup>36</sup>.

La conclusión del Consejo, que más que un organismo experto declaró ser un "Consejo Ciudadano", (en lo pertinente) fue que se debía elaborar "una nueva estructura jurídica marco, sobre la base de la diversidad de elementos y cuerpos normativos existentes"<sup>37-38</sup>.

<sup>30</sup> Entre ellas, ocupaciones temporales de colegios públicos y de establecimientos educacionales (particulares y particulares subvencionados) o "tomas", ejercicio del derecho de reunión sobre bienes nacionales de uso público o "marchas", etc.

<sup>31</sup> Estas tuvieron lugar entre mayo y junio de 2006, CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL (2006) p. 6.

<sup>32</sup> Por Decreto Supremo N° 146, de 2007, se "crea Comisión Asesora Presidencial Consejo Asesor Para la Calidad de la Educación", la que tiene carácter consultivo, siendo su finalidad asesorar a la Presidenta de la República en "la identificación y formulación de las reformas normativas e instrumentales que se requieren para garantizar el derecho a la educación de calidad para todos los estudiantes" (artículo 1°, Decreto N° 146 de 2007).

<sup>33</sup> Puede revisarse el informe del Consejo Asesor Presidencial y otra información pertinente en [www.consejoeducacion.cl](http://www.consejoeducacion.cl)

<sup>34</sup> El informe final de la Comisión Asesora Presidencial transcribe estos dichos, CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL (2006) p. 5.

<sup>35</sup> CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL (2006) p. 6.

<sup>36</sup> Se tuvo presente que "mejorar la educación en calidad y justicia exige de todos un esfuerzo generoso que trascienda los legítimos intereses particulares o de grupo de los actores educativos" CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL (2006) p. 14.

<sup>37</sup> CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL (2006) p. 237.

<sup>38</sup> Luego de la entrega de los resultados de este informe, se creó un Comité de Ministros, que propuso los proyectos presentados por el Ejecutivo.

En razón de lo anterior, el Ejecutivo envió diversos proyectos de ley<sup>39</sup>, y de reforma constitucional<sup>40</sup>, los más relevantes: la modificación (Ley N° 20.370, Ley General de Educación) de la Ley Orgánica Constitucional de Educación (Ley N° 18.962), y la reciente Ley N° 20.529, que creó un sistema de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia y escolar.

En el año 2006, en materia educacional las circunstancias motivaron actos a fin de cambiar las leyes<sup>41</sup>.

A partir de los hechos y reacciones constatadas, pasaremos a describir las directrices jurídicas que habrían de regir, y el modelo que en la realidad conduce el procedimiento formal y sustancial de elaboración de proyectos de normas.

## II. Deber ser y ser en la elaboración de proyectos de normas

En este capítulo (1) describiremos las normas e ideas que habrían de regir el procedimiento normativo, antes de la emisión de un acto decisorio y (2) revisaremos el fenómeno que resulta en las "normas circunstanciales".

1. El proceso que antecede un proyecto de una norma es un trámite esencial para la validez y eficacia de la condicional ley o acto administrativo que emanará de éste. En los proyectos, tal como la gestación de un ser humano, es donde se forman las bases de su resultado, y por eso Jorge Tapia, en cuanto a la ley, señalaba "el proceso de preparación de los proyectos encierra una importancia mayor que la que se le concede por nuestros legisladores. Todavía más, no trepidamos en afirmar que, en el hecho, es la parte más importante en la formación de las leyes"<sup>42</sup>.

¿Cuáles son los parámetros que se debiesen respetar en la fase prenormativa, esto es, antes de elaborar un proyecto de norma?

<sup>39</sup> También múltiples congresistas han presentado, luego de haberse suscitado la "Revolución Pingüina", algunas mociones respecto del tema. Así, a modo de ejemplo, con fecha 22 de agosto de 2006 se ingresó el proyecto sobre "Reforma la Constitución Política de la República estableciendo la calidad con libertad en materia de educación" (Boletín N° 4442-07) archivado con fecha 6 de junio de 2009 (Boletín N° 4442-07); el día 10 de enero de 2007 se ingresó el proyecto que "Modifica la Ley N° 20.129, sobre aseguramiento de la calidad de la educación superior" (Boletín N° 4819-04) archivado el 15 de abril de 2010.

<sup>40</sup> El mensaje de la comprometida reforma constitucional consigna que "en estos días, además, el país ha sido testigo de la movilización de los estudiantes secundarios. Ellos plantearon demandas que el Gobierno calificó como justas y legítimas por una educación de mayor calidad. El Gobierno acogió con seriedad y responsabilidad todas las demandas concretas y contingentes. Por eso, el jueves pasado me dirigí al país anunciando ciertas medidas. En ellas me comprometí a mandar un proyecto de reforma constitucional que consagra el derecho de todo ciudadano a una educación de calidad" (Boletín N° 4222-07, Mensaje, p. 2). La tramitación de este proyecto cesó tres meses después.

<sup>41</sup> "En relación al momento histórico en que se produce este debate, queda en evidencia que un cambio en la LOCE no estaba incluido en la agenda política del gobierno, abriéndose el actual escenario a raíz de las movilizaciones estudiantiles de mayo del 2006". EGAÑA (2007)

<sup>42</sup> TAPIA (1960) p. 39.



Según el primer artículo del Código Civil, la ley es una declaración de voluntad, las normas jurídicas, por definición de carácter general y abstracto –esto es, que empecen a indeterminadas pero determinables personas–, deben fundarse en una necesidad común que pueda satisfacerse mediante una prescripción jurídica.

El antedicho acto decisorio conlleva siempre el dilema de escoger una opción de entre dos o más alternativas posibles. Por esto es relevante conocer los antecedentes de hecho que permiten la actuación normativa de la autoridad, y que evidencian por qué se optó por una de ellas.

De esta forma, si quien detenta la competencia para alterar la realidad social estima que el ejercicio de su potestad solucionará un problema vigente o prevenirá uno eventual, deberá actuar con antecedentes que justifiquen tal decisión. Así el legislador y el administrador están satisfaciendo el bien común.

Nuestro ordenamiento jurídico positivo, además de diversas prescripciones legales y reglamentarias, delimita a través de principios constitucionales el marco que debe respetar todo poder del Estado al proyectar emitir un acto normativo (artículo 14 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional<sup>43</sup>; 13, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>44</sup>; 11, inciso segundo, y 16 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado<sup>45</sup>. También los artículos 12 y 13, del Reglamento de la Cámara de Diputados)<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Artículo 14, Ley N° 18.918: “Los fundamentos de los proyectos deberán acompañarse en el mismo documento en que se presenten, conjuntamente con los antecedentes que expliquen los gastos que pudiere importar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos que la iniciativa demande y la estimación de su posible monto”.

<sup>44</sup> Artículo 13, inciso segundo, Ley N° 18.575: “La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

<sup>45</sup> Artículo 11, inciso segundo, Ley N° 19.880: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”; artículo 16, Ley N° 19.880: “Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación”.

<sup>46</sup> Artículo 12 del Reglamento de la Cámara de Diputados: “Los artículos de todo proyecto de ley deberán contener en términos precisos el mandato, prohibición o regla que se va a erigir en ley, sin aducir las razones o motivos en que se fundan”; artículo 13 del Reglamento de la Cámara de Diputados: “En todo proyecto que requiera trámite legislativo deberá adjuntarse un informe técnico, en el que se consignarán: a) los fundamentos que justifiquen legislar sobre la materia; b) las disposiciones de la legislación vigente que se verían afectadas por el proyecto; c) la correlación del texto con el régimen normativo nacional; d) los elementos de juicio que resulten indispensables para su mejor comprensión. Los Mensajes, cuando corresponda, deberán

Los mencionados principios, que guían el actuar del poder estatal, y que abarcan el proceso de gestación de aquella acción son los de: publicidad (artículo 8°, inciso segundo, CPR), proporcionalidad (artículo 19 N° 3, inciso octavo), interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2, inciso segundo, CPR), y de juridicidad (artículos 6° y 7° CPR), entre otros.

Así por ejemplo, la prohibición de realizar distinciones sin fundamentos (de hecho o de derecho) radicada en el artículo 19 N° 2 constitucional ha sido extensamente desarrollada, especialmente en Derecho Administrativo, creando guías de sujeción del poder estatal normativo a criterios objetivos. También ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina chilena el principio de juridicidad, como la prohibición de la arbitrariedad en la motivación del acto normativo<sup>47</sup>.

Exploratoriamente nuestro Tribunal Constitucional ha profundizado en el principio constitucional de probidad<sup>48</sup> y de proporcionalidad<sup>49</sup>.

Por esto, todo acto estatal debe someterse a principios constitucionales y disposiciones inferiores, estos obligan a que todo acto normativo posea fundamentos de hecho que se relacionen con su objeto y finalidad.

---

*adjuntar, además, un informe financiero de la Dirección de Presupuestos con los antecedentes que expliquen los gastos que pudiere importar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos que la iniciativa demande, con la disponibilidad presupuestaria correspondiente y la estimación de su posible monto”.*

<sup>47</sup> Especialmente en Derecho Administrativo, en cuanto a la discriminación y su vedado ocasional acompañante, la arbitrariedad, la doctrina administrativa nacional como extranjera ha dedicado gran atención, véase un actual compendio en SAAVEDRA (2011) pp. 52-62. En palabras de Aróstica, en cuanto a la exclusión de la arbitrariedad en la motivación de los actos administrativos “(...) como la autoridad –al decidir– no puede sino hacer una “discriminación no arbitraria”, entre diferentes alternativas que poseen una misma posibilidad dentro de algún contexto dado, por eso le es debido demostrar y justificar en razones de hecho la opción elegida: por qué tomó tal camino y descartó aquel otro”: AROSTICA (2011) p. 2.

<sup>48</sup> Respecto a este mandato, resulta especialmente pertinente lo señalado por el voto disidente del Tribunal Constitucional de los Ministros señores Carmona, Viera Gallo y Aróstica. El extracto, de redacción del último juez constitucional antes mencionado, también es aplicable a las decisiones de la autoridad administrativa que tengan el carácter de generales y obligatorias “que, en los actos de voluntad soberana, el Legislador debe caracterizarse por lo razonable e imparcial de sus decisiones, conforme al principio de probidad establecido en el artículo 8°, inciso primero, de la Constitución Política. Por su parte, el artículo 19 N° 2 constitucional, sobre la base de la generalidad característica de la ley, garantiza que ella sea una misma para todas las personas afectas a sus disposiciones, sin que pueda, por su intermedio, legislarse a favor o en desmedro de determinados sujetos atendiendo a impertinentes razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos estrictamente individuales. Asegura, además, que se trate igual a todos quienes se encuentren efectivamente en una misma condición y, por consiguiente, de manera diferente a aquellos que estén en situaciones diversas. Asimismo, en aquel caso, si se formulan diferencias o se establecen estatutos especiales, impone que tales distinciones no sean arbitrarias. Así, la ley siempre debe obedecer –para lo que aquí interesa– a determinados motivos o presupuestos objetivos, pertinentes y razonables, los cuales pueden encontrarse en el tenor mismo de la norma, venir claramente expuestos en la historia fidedigna de su establecimiento, o derivar lógicamente de la finalidad que se tuvo en cuenta para justificar su emisión” (el destacado es nuestro) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011) sentencia rol N° 1801, consideración 10°.

<sup>49</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) sentencia rol N° 1518, considerando vigésimo octavo.

2. Lo que acontece en la realidad legislativa chilena es una tendencia ya constatada en el mundo, cual es la pérdida de importancia de la ley como herramienta de determinación del comportamiento social<sup>50</sup>.

La época de la codificación, en la que antaño se regularon de forma elegante, concreta y determinada los cánones de lo ordenado, prohibido y/o permitido, ha acabado<sup>51</sup>. La majestad de la ley ha sido y está siendo relegada a un plano accesorio.

Lo anterior se revela tanto en leyes como reglamentos, por su "multiplicación incontenible"<sup>52-53</sup> proveniente de una "pluralidad de centros de producción normativa"<sup>54</sup>.

Si bien siguen existiendo loables iniciativas normativas, que se concretan en inteligibles documentos, la verdad sea dicha, existe un fenómeno que responde al modelo que denominamos normas "circunstanciales"<sup>55-56</sup>. En este esquema,

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (2011) pp. 83-84 y (2006) pp. 47-51.

<sup>51</sup> En nuestro derecho el legislador civil del siglo XIX, claridad y elegancia aparte, ejemplificó las instituciones jurídicas que describía y las vinculó a otras normas referidas a una materia conexas, dentro de la misma ley.

<sup>52</sup> En el área del Derecho Administrativo, parece ser más notorio este fenómeno, denunciado por García de Enterría, quien señala que "movilizado a estos efectos tanto por ser su ámbito donde preferentemente se articulan y ordenan esas políticas públicas singulares, como por un dato estructural básico en sus organizaciones, su carácter burocrático, fuente última de las iniciativas legislativas y reglamentarias. La contingencia y provisionalidad marcan, por ello, el ingente e incesante conjunto normativo en que se manifiesta el ordenamiento en grado incomparablemente superior que en cualquier otro sector del derecho (...) el uso sistemático en este campo de la potestad reglamentaria (de utilización tan fácil para la burocracia) hace especialmente fluido el proceso de elaboración y cambio normativo, hasta el punto de hacer de este problema uno de los más relevantes en la aplicación e interpretación del ordenamiento administrativo". GARCÍA DE ENTERRÍA (2006) p. 51, así también lo señala Jorge Tapia respecto de la legislación chilena dictada hasta 1958, TAPIA (1960) p. 46.

<sup>53</sup> Multiplicación que genera desconocimiento y excesiva especialización, cuestión del todo contraria para afirmar la *real* vigencia de la ficción existente en nuestro artículo 8° del Código Civil: "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia".

<sup>54</sup> Así denomina Jaime Rodríguez-Arana a los múltiples organismos españoles, que desde la Constitución de 1978, elaboran normas administrativas y legislativas. Idéntico panorama ocurre en Chile, claro está con las diferencias contextuales del caso. RODRÍGUEZ-ARANA (2010) pp. 21-22. En Chile, nos encontramos con los órganos dotados de potestad normativa dentro de la administración centralizada (Presidente, Ministros y Servicios Públicos Centralizados), descentralizada (siendo de notar el caso de las superintendencias y municipalidades), organismos constitucionales (Banco Central y Contraloría General de la República), y con el legislador.

<sup>55</sup> La inusualmente denominada "legislación motorizada" por Carl Schmitt, ha sido caracterizada como "leyes desbocadas", GARCÍA DE ENTERRÍA (2006), modelo legislativo del "tarro de basura" OELCKERS Y BRONFMAN (2002) pp. 28-29, y más recientemente, pero por otras causas, el sistema de la "McDonalización del ordenamiento jurídico", BOIX (2001), entre otros.

<sup>56</sup> En Chile existen otros problemas que confluyen al anterior, a modo de ejemplo: el enrevesado lenguaje de los operadores jurídicos, y la falta de correspondencia de éste con la realidad del hombre medio. Existen problemas semánticos, argumentativos y estructurales en las fuentes formales del derecho, que redundan en que las normas no sean claras, véase SAINZ (2000) pp. 94-97; en la redacción de los proyectos, pues aquellos sometidos a discusión por los congresistas no suelen estar acompañados de un acabado estudio de la realidad o de la información sustentadora del cambio que se pretende efectuar, salvo excepciones, esto podría explicarse porque no pasan por revisiones antes de su sometimiento a discusión; en la inexistencia de una norma que regule o delimite los contenidos de los proyectos de ley,

el legislador/administrador a fin de producir normas, (2.1) realiza un ejercicio consistente en dos momentos, (2.2) complementa el cuadro el inexistente control jurídico de los hechos en los actos normativos.

2.1 En la primera fase, tiene lugar un hecho o "mal aparente". Este "mal" se constituye por un evento o situación que generalmente posee las siguientes características: (a) genera repercusión en los medios de comunicación social, (b) es promovido por un grupo de personas con un interés específico, y (c) ocasiona que diversos agentes estatales entreguen múltiples diagnósticos y soluciones, siempre que estos legitimen su función.

En la segunda, la autoridad legislativa/administrativa se representa que ha de ejercer su competencia normativa<sup>57</sup>, a fin de modificar la realidad. Esta respuesta se concreta a través de "medidas inmediatas" que se caracterizan por lo siguiente: (a) legitiman la función de la autoridad o funcionario que la emite, (b) no están precedidas de la percepción de la realidad, sino del hecho causante de la reacción, y (c) existen otros medios que solucionan el hecho concreto, pero de menor notoriedad.

¿Por qué nos llama la atención este modo de actuar de los organismos normativos?

Ya que un "mal aparente" más una "medida inmediata" son elementos indeseados, que actualmente comulgan a fin de producir un resultado inconveniente, leyes y reglamentos "circunstanciales". Por estos únicamente un hecho (reciente y notorio) con figuración mediática y la prescindencia de otros datos constituyen la base fáctica por la que actúa la autoridad.

Detengámonos en los ingredientes que confluyen a esta clase de normas. Es difícil pensar que una situación "mal aparente" sea el medio de percepción de la realidad, es solo un modo de conocer que contempla un dato que puede ser irrelevante y necesariamente es incompleto<sup>58</sup>.

El hecho puede ser irrelevante, ya que el evento analizado puede no pertenecer a la realidad que se diagnostica. Así por ejemplo el hecho que exista una presunta colusión de farmacias no configura necesariamente un problema respecto de la carencia de competencias o potestades administrativas

por contraste en otras latitudes existen recomendaciones en forma de "listas de chequeo" y directrices para redactar borradores o anteproyectos de leyes, véase CODERCH (2000) pp. 74-82.

<sup>57</sup> Común es que además aboguen (legisladores), o lisa y llanamente ejerzan facultades fiscalizadoras y a la sazón sancionadoras (administradores).

<sup>58</sup> "(...) solo si la autoridad conoce su acto estará fundado (basado en hechos verdaderos y ciertos), y únicamente si entiendo su acto estará justificado (basado en hechos significativos y relevantes)" AROSTICA (2011) p. 3.



intrusivas del organismo fiscalizador. Es además necesariamente incompleto, ya que un solo dato no compone los elementos suficientes para realizar un diagnóstico, de forma que si una evidencia tiene un sentido, puede que otra tenga uno similar, pero no idéntico, o bien que su significado sea completamente distinto.

Para nosotros, los “males aparentes” son una de las muchas vías de conocimiento de hechos suficientes y relevantes, por parte del legislador. Entonces, no existe motivación o fundamento de hecho razonable para emitir esta clase de fuentes formales del derecho, por más que el trámite legislativo o el examen de alguna división jurídica depure la prisa por enmendar, el pre-judicio está hecho. Así, el primer ingrediente es inadecuado.

Sin relación con la realidad, naturalmente, la “medida inmediata” adoptada no estará destinada a modificar la primera, sino que atenderá al hecho determinado, así por ejemplo recomendar prohibir la venta de mayonesa en locales de comida fiscalizados por la autoridad no tendrá por fin solucionar un problema de salubridad pública, sino impedir el expendio de una de las muchas formas por la que se puede producir éste.

Evidentemente, esta “medida inmediata” pretende evitar la ocurrencia de nuevos hechos, como aquel que motivó la acción estatal, o bien crear una realidad diversa, pero la medida debe adaptarse a la realidad anterior, y a otras que la autoridad ha adoptado frente a similares hechos<sup>59</sup>. Entonces, el segundo ingrediente tampoco es apropiado.

Por tanto, si no se percibe la realidad ni se evalúan las medidas a adoptar, el resultado será indeseado: normas “circunstanciales” que están destinadas a ser ineficaces en el cumplimiento de sus fines, lo que por lo demás implica ignorar los principios y normas expresas que han de guiar toda actuación estatal.

2.2 Se adiciona al modelo descrito una nefasta particularidad, el inexistente control jurídico de los motivos de hecho de estas “normas circunstanciales”. Creemos necesario que el organismo jurídico controlador del poder estatal decisor tenga en vista las causas fácticas que guiaron a una determinada actuación del órgano que ejerció una competencia normativa.

El anterior postulado no tiene lugar en cuanto a los actos administrativos, ni en relación a la ley.

<sup>59</sup> “Se sucede así la proliferación de normas con el fin de abarcar cada rincón de la compleja y creciente realidad, pero al mismo tiempo se legisla a una mayor velocidad, reformando lo recientemente legislado, para abarcar y también actualizar”. SARMIENTO (2008) pp. 36-37.



En cuanto a los actos administrativos, nuestros tribunales ordinarios y la Contraloría General de la República<sup>60-61</sup>, si bien han controlado la existencia de los motivos de hecho que los sustentan, no han revisado la correlación y conformidad entre circunstancias y normas.

De igual forma en el caso de las leyes, el Tribunal Constitucional por la teoría de la deferencia razonada<sup>62</sup> se ha negado a revisar el "mérito de las leyes". Ahora bien, a propósito de algunos de los casos comentados (capítulo I) esta Magistratura ha cuestionado algunas normas por la omisión o el carácter de los fundamentos de hecho tenidos en cuenta por el legislador<sup>63-64</sup>.

Terminemos.

<sup>60</sup> Entre los recientes: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2011) Dictamen N° 62.094 de 2001; CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2008) Dictamen N° 55.095.

<sup>61</sup> Artículo 21 B de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, es el fundamento normativo para la negación del organismo contralor: "la Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas".

<sup>62</sup> Patricio Zapata, al describir esta teoría, en su primer elemento constitutivo, la "autonomía del legislador", señala que tal independencia abarca "el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa", así "el legislador es soberano para escoger cualquiera de las posibles alternativas a su alcance" ZAPATA (2002) p. 73, en similar sentido al sostener que el legislador es "libre de elegir la regulación que considere más óptima" RIBERA (1989) p. 211. El pronunciamiento más relevante de nuestro Tribunal Constitucional, en cuanto a la materia, señaló que "al Tribunal Constitucional sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de méritos sobre ella. Si así no procediere, se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987) sentencia rol N° 43, considerando vigésimo segundo.

<sup>63</sup> En el caso "Bernales", una disidencia especificó que no puede darse lugar a normas que buscan solucionar hechos específicos o comprender a personas determinadas, se señaló que "el imperio de una ley orgánica constitucional con esas características resiente pues las alteraciones que, motivadas en circunstancias extraordinarias, buscan solucionar hechos específicos (ad hoc) o comprender a personas determinadas (ad hominem)". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) sentencia rol N° 1824, disidencia de los Ministros señores Vodanovic, Fernández Baeza, Navarro y Aróstica, punto 1°.

<sup>64</sup> En el caso "Grooming" se declaró inconstitucional el registro que afectaba la privacidad y libertad de las personas fichadas, entre otras razones al revelarse que su único motivo era "una directiva". La sentencia afirma "durante la tramitación del mismo, requerido por qué sólo éstos son afectados, y no otros locales que ofrecen servicios iguales, el Senador don Patricio Walker Prieto constató que "esta iniciativa fue recogida de lo que existe hoy día en el Viejo Continente. Allí hay una directriz que la Unión Europea les recomienda a sus países para el combate contra el cibercrimen: imponer a los establecimientos que en Chile llamamos "cibercafés" una exigencia con el objeto preciso de saber quién estuvo detrás del computador intercambiando pornografía infantil" (Segundo Trámite Constitucional, Legislatura 358, Sesión 21° del Senado, 19 de mayo de 2010, página 90). Se agregó más adelante que "siendo éstos el lugar natural de perpetración de esos delitos, se ha estimado necesario, en el proyecto original enviado por la Cámara de Diputados y por sus autores, establecer un registro público" (Diputado Matías Walker Prieto, Tercer Trámite Constitucional, Legislatura 358, Sesión 30° de la Cámara de Diputados, 1° de junio de 2010, páginas 30-31)" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011) sentencia rol N° 1894, considerando decimoprimero.

### III. Conclusión

Creo representar al común de los abogados al añorar la existencia de un legislador de la codificación, aquel que de forma sistemática y ordenada regulaba la realidad social, siendo sencillo e inteligible en su voluntad<sup>65</sup>. Pero es necesario asumir su futura inexistencia, razones hay muchas<sup>66</sup>, soluciones, pocas.

En este escenario, los proyectos de normas deben poseer fundamentos de hecho relacionados y adecuados a su finalidad, así se desprende de nuestro ordenamiento jurídico vigente (capítulo II.1). Por lo anterior, creemos que la vía por la que debería enmendarse la omisión de una pertinente motivación, en el caso de las “normas circunstanciales” (capítulos I y II.2), es el estricto control por parte de los organismos competentes.

Curioso resulta que los reclamos por “calidad” –legítimos y deseables– de la ciudadanía también se deben a la ausencia de fiscalización de la forma y fundamento por la que el legislador y el administrador ejercen sus competencias normativas, por esto sería aconsejable revisar conceptos que incentivan la inmunidad de los actos estatales, así los conceptos “mérito y conveniencia” son nociones elásticas que sirven de herramienta para excluir la revisión de la motivación en la normativa.

Si el control jurídico se extiende a los hechos, habrá más razones para legitimar una decisión, que si bien puede no compartirse, tiene respaldo en la realidad. El riesgo de desconocer lo anterior está en que, de no haber correspondencia entre la realidad tenida en cuenta (motivación) y las decisiones adoptadas, es improbable la relación entre la innovación jurídica y bienestar general (finalidad).

### Bibliografía

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2011): *El motivo de hecho en las sanciones administrativas: procedimiento, fundamento y justificación* (Inédito)

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2009): “Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros”, en *Actualidad Jurídica* N° 20: pp. 569-575.

BOIX PALOP, Andrés (2001): “La McDonalización del ordenamiento jurídico”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, pp. 61-71.

<sup>65</sup> En Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma pone la voz de alerta en cuanto a la inexistencia de la codificación en la disciplina, remarca que “la inexistencia de una codificación puede afectar seriamente la seguridad jurídica, la confianza y la objetividad en el funcionamiento de la administración”, SILVA CIMMA (2009) p. 143.

<sup>66</sup> Entre ellas, la interacción de diversos ordenamientos jurídicos, el advenimiento de las tecnologías, la falta de consensos en cuanto a las personas e ideas matrices que confluyen a los cuerpos normativos a ser elaborados, etc.

CORDECH, Pablo Salvador (1998): "Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa", en *La Función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar* (Madrid, Congreso de los Diputados) pp. 45-85.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011): *Democracia, Ley e Inmidades del Poder* (2ª edición, Navarra, Editorial Aranzadi), 144 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Navarra, Editorial Aranzadi), 110 pp.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2008): "El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el derecho constitucional chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Vol.14 N°2: pp. 489-522.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción (1995): *Naturaleza jurídica de las leyes "ad hoc"* (1ª edición, Editorial Civitas S.A.), 184 pp.

OELCKERS CAMIUS, Osvaldo, y BRONFMAN VARGAS, Alan (2002): *La evaluación de las leyes* (Ediciones universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso), 170 pp.

RIBERA NEWMANN, Teodoro (1989): "El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos", en *Estudios Públicos* N° 34: pp. 195-228.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2010): "La importancia de la técnica normativa en un Estado Democrático de Derecho", en *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, HERNANDO MASDEU, Javier (Coord.), pp. 17-39.

SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén (2011): *Discrecionalidad Administrativa* (1ª edición, Editorial Legal Publishing Chile), 249 pp.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel (2008): *El Soft Law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración* (Navarra, Editorial Aranzadi), 237 pp.

SILVA CIMMA, Enrique (2009): *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes* (5ª edición, Editorial Jurídica de Chile), 324 pp.

SÁINZ MORENO, Fernando (1998): "Lenguaje Jurídico", en *La Función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar* (Madrid, Congreso de los Diputados), pp. 89-104.

TAPIA VALDÉS, Jorge A. (1960): *La Técnica Legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 102 pp.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2002): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General* (Santiago, Biblioteca Americana), 200 pp.

## Normas

Ley N° 10.336, Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, 10 de julio de 1964.

Ley N° 18.918, Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, Diario Oficial 12 octubre de 2010.

Ley N° 18.575, Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Decreto Ley N° 211, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, del Ministerio de Economía, Fomento y Construcción, de 18 de octubre de 2004.

Decreto Supremo N° 146, que crea Comisión asesora presidencial, consejo asesor para la calidad de la educación, de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, de 18 de enero de 2007.

Decreto Supremo N° 1990, que declara duelo nacional por tres días, con motivo del fallecimiento del general director de Carabineros don José Alejandro Bernal Martínez, de 3 de junio de 2008.

Reglamento de la Cámara de Diputados, de 10 de marzo de 2002

Circular N° 30, que imparte instrucciones para el control de brotes de intoxicación por *salmonella enteritidis*, de la Subsecretaría de Salud, 29 de agosto de 2011.

## **Jurisprudencia**

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2011): Dictamen N° 62.094, 30 de agosto de 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2009): Dictamen N° 55.095, 6 de octubre de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): Rol N° 1894, 9 de diciembre de 2010,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): Rol N° 1801, 12 de abril de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): Rol N° 1518, 21 de octubre de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987): Rol N° 43, 24 de febrero de 1987

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2008): Proceso Rol N° 184-08.

## **Otros**

Boletín N° 4234-03, *Proyecto de ley que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción*, 20 de junio de 2006 [Fecha de consulta: 7 octubre de 2011]

Boletín N° 4442-07, *Reforma la Constitución Política de la República estableciendo la calidad con libertad en materia de educación*, 22 de agosto de 2006 [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2011]

Boletín N° 4819-04, *Modifica la ley N° 20.129, sobre aseguramiento de la calidad de la educación superior*, 10 de enero de 2007 [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2011].

Boletín N° 4222-07, *Reforma constitucional que establece como deber del Estado velar por la calidad de la educación*, 6 de junio de 2006 [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2011].

Boletín N° 4937-18, *Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, para sancionar el 'femicidio', y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre parricidio*, 3 de abril de 2007 [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2011].

Boletín N° 5210-10, *Sanciona la producción y distribución de material pornográfico infantil virtual*, 18 de julio de 2007 [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2011].

Boletín N° 5215-07, *Modifica el artículo 366 quinquies del Código Penal, incorporando un inciso segundo nuevo, con el fin de tipificar como delito la producción de material pornográfico infantil*, 19 de julio de 2007 [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2011].

Boletín N° 5837-07, *Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil*, 30 de abril de 2008 [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2011].

Boletín N° 6648-02, *Otorga ascenso extraordinario al personal de Carabineros como reconocimiento póstumo*, 11 de agosto de 2009 [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2007].

BUSTAMANTE GUBBINS, José Manuel (2011): "Libre Competencia: Algunas tareas pendientes", en revista *Capital*, Vol. N° 300, p. 50.

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN (2006): Informes disponibles en: [www.consejoeducacion.cl](http://www.consejoeducacion.cl)

COOPERATIVA (2007)/*Femicidios en Chile ya suman 50 en 2007*, 22 de septiembre de 2009 [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011]/Disponible en: [http://www.cooperativa.cl/femicidios-en-chile-ya-suman-50-en-2007/prontus\\_notas/2007-09-22/141956.html](http://www.cooperativa.cl/femicidios-en-chile-ya-suman-50-en-2007/prontus_notas/2007-09-22/141956.html)

COOPERATIVA (2007) /*Murió mujer baleada en la cabeza tras discusión con ex marido*, 20 de marzo de 2007 [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011]/Disponible en: [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20070320/pags/20070320070951.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20070320/pags/20070320070951.html)

Historia de la Ley N° 20.487 "Otorga ascenso extraordinario al personal de Carabineros como reconocimiento póstumo"/[Fecha de consulta: 27 de octubre de 2011]/Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2011>

BCN (2008): *Grooming: nueva táctica de contacto de pedófilos*, 21 de junio de 2008 [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2011] Disponible en: [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos)

EGAÑA, Loreto/*La ley general de educación y el escenario de los acuerdos*, octubre de 2007 [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2011]/ Disponible en: [www.piie.cl](http://www.piie.cl)

EL MERCURIO (2007)/*Mujer falleció tras ser baleada en la cabeza por su ex pareja*, 20 de marzo de 2007 [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011]/Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=249733>

EL MERCURIO (2007)/*Marcha contra "femicidio" convocó a más de 3.000 mujeres*, 22 de noviembre de 2011 [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011]/Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=249733>



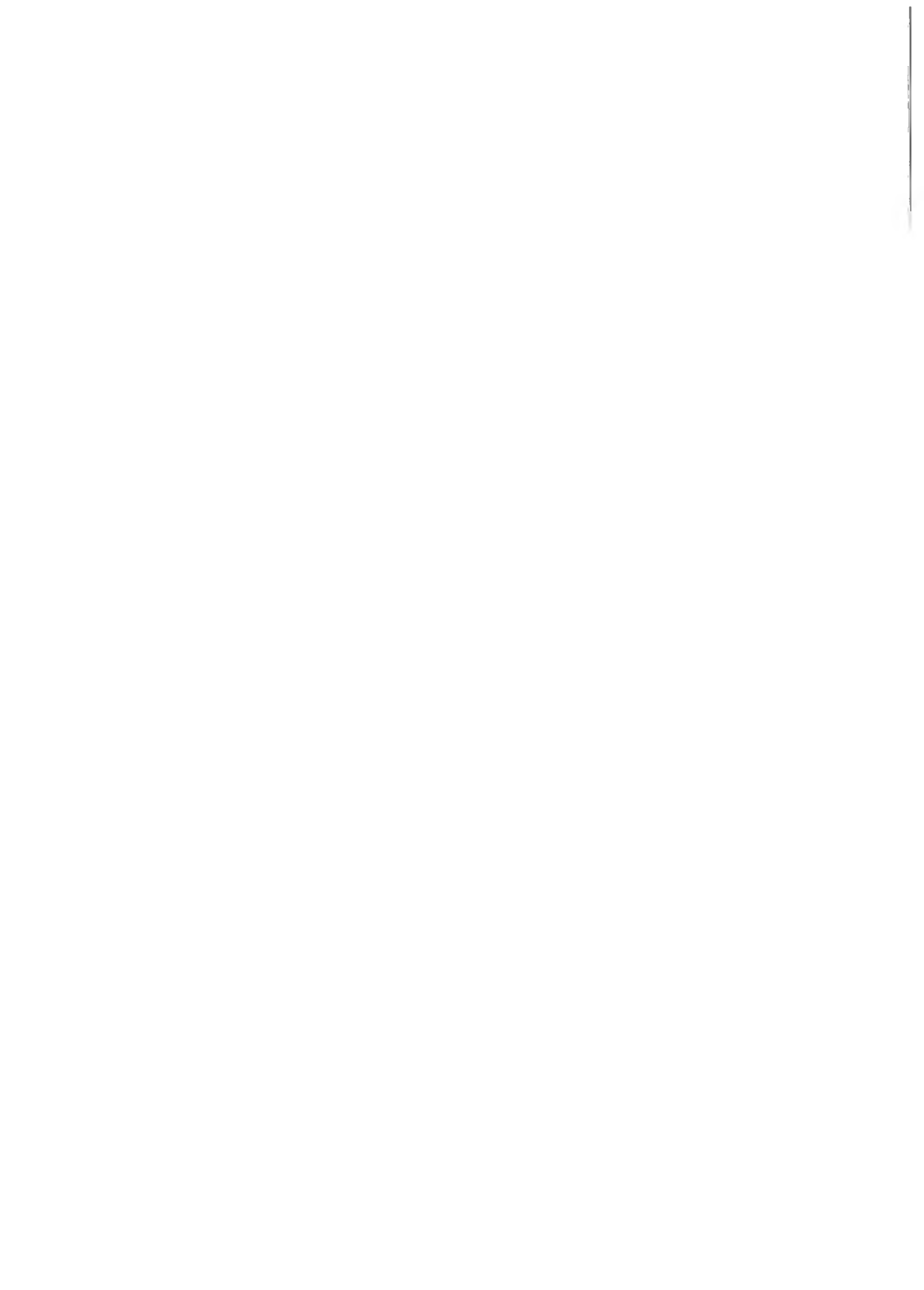
[www.emol.com/noticias/nacional/2007/11/22/282814/marcha-contra-femicidio-convocaa-mas-de-3000-mujeres.html](http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/11/22/282814/marcha-contra-femicidio-convocaa-mas-de-3000-mujeres.html)

EL MERCURIO (2011) / *Intoxicados por salmonella en Peñafolén hacen que Salud prohíba mayonesa casera*, 30 de agosto de 2011 [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011]

GARCÉS, Fernanda/2009/*Caso Farmacias: Conciliación o delación compensada*, 3 de abril de 2009 [Fecha de consulta: 5 de octubre de 2011]/Disponible en: [http://www.institutoliberalidad.cl/op\\_654.htm](http://www.institutoliberalidad.cl/op_654.htm)

LA NACIÓN (2009) / *Salud acusó colusión de precios entre farmacias*, 28 de mayo de 2008 [Fecha de consulta: 5 de octubre de 2011]/Disponible en: [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080528/pags/20080528095306.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080528/pags/20080528095306.html)

LA TERCERA (2008)/ *Multitudinario y emotivo funeral despide a chilenos fallecidos en Panamá*, 1 de junio de 2008 [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2011]/ Disponible en: [http://www.tercera.cl/contenido/25\\_17201\\_9.shtml](http://www.tercera.cl/contenido/25_17201_9.shtml)



# Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005<sup>1</sup>

**Salvador Mohor Abuauad**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** se examina la acción de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad luego de la reforma constitucional de 2005. Se describen los aspectos más relevantes y se suscriben, entre otras, las siguientes ideas: se vincula el carácter concreto de la inaplicabilidad con el efecto relativo de las sentencias; se muestra un concepto amplio del tribunal dentro de cuya gestión puede provocarse un incidente de inaplicabilidad; se plantea el problema de la incompatibilidad del control de los vicios de forma con el control concreto; se acepta la procedencia de la inaplicabilidad en contra de preceptos contenidos en tratados internacionales, pero no su inconstitucionalidad con efectos generales; la inconstitucionalidad es, en realidad una nulidad de derecho público generada por falta de competencia del legislador a la cual se asignan efectos derogatorios.

\*\*\*

## 1. Introducción

El control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales, cuyo origen histórico más inmediato, sabemos, se remonta al fallo del juez Marshall en el caso *Marbury v/s Madison* (1803)<sup>2</sup>, representa un esfuerzo consciente dirigido a la protección y conservación de un sistema jurídico-político cuyos aspectos fundamentales, relativos a la organización y funcionamiento del Estado y especialmente a la salvaguarda de los derechos de las personas, se encuentran precisamente plasmados en la Constitución.

<sup>1</sup> "Esta es una versión revisada y actualizada de un trabajo que se publicó en el libro de la Asociación de Derecho Constitucional (2011) *Estudios Sobre Justicia Constitucional. Libro Homenaje a la Profesora Luz Bulnes* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 103-123.

<sup>2</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137

Si, desde el punto de vista político, una Constitución es considerada como la expresión suprema de la voluntad soberana; si dentro del sistema institucional representa el cuerpo normativo de mayor jerarquía, al cual por tanto deben subordinarse, formal y materialmente, todas las demás normas del ordenamiento jurídico; si ella, por esta razón, solo puede modificarse por medio de un procedimiento distinto y más complejo que el empleado para la elaboración de la ley ordinaria; y si, en fin, las Constituciones, hoy en día, han perdido su carácter tradicionalmente programático para asumir en cambio un rol eminentemente normativo susceptible de vincular directamente a los titulares e integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo, se comprenderá la importancia y conveniencia de contar con los mecanismos institucionales de control de constitucionalidad más adecuados a la preservación y actualización interpretativa de la Carta Fundamental, especialmente frente al riesgo de defraudación de su texto y espíritu.

El objeto de nuestro análisis se vincula directamente con el control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales, control este último que la Carta Fundamental ha terminado por concentrar en el Tribunal Constitucional, a partir de la reforma constitucional de 2005<sup>3</sup>. Con anterioridad a dicha reforma el Tribunal mencionado solo ejercía el control preventivo de los preceptos legales, en sus modalidades obligatorias, o eventual y facultativa, sin perjuicio del control represivo y eventual que la Constitución de 1980, bajo determinadas condiciones, le otorga desde su entrada en vigencia sobre los decretos con fuerza de ley. De modo, pues, que el control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales se encontraba prácticamente radicado en la Corte Suprema desde la institucionalización del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a través de la Constitución de 1925. Por tanto, entre el 11 de marzo de 1981, fecha de entrada en vigor de la Constitución, y la reforma de 2005, el control de constitucionalidad de los preceptos legales fue compartido por la Corte Suprema, que retuvo la competencia para ejercer dicho control en su modalidad represiva, y por el Tribunal Constitucional, que asumió el control de constitucionalidad en la modalidad preventiva, obligatoria o eventual, configurándose así un claro sistema de control difuso.

## **2. La concentración del control constitucional en el Tribunal Constitucional**

La concentración de ambos tipos de control (preventivo y represivo) en el Tribunal Constitucional tuvo por fin evitar las contradicciones o conflictos de interpretación que pudieran suscitarse por causa de la disociación de competencias en dos órganos igualmente autónomos que funcionaban al margen de toda coor-

<sup>3</sup> Introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.

dinación. Conocida es la diversa posición interpretativa asumida por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en relación con el artículo 19 N°3, inciso 4° de la Constitución, sobre la oportunidad en que debía establecerse un tribunal para poder conocer válidamente de los hechos. Mientras la Corte Suprema mantenía la tesis tradicional, según la cual el tribunal debía haberse establecido o, en su caso, asumido la competencia, a lo menos con anterioridad a la dictación del fallo, pudiendo consecuentemente cambiarse el tribunal en tanto no se hubiere dictado fallo en el proceso en curso, el Tribunal Constitucional, por su parte, con motivo del control de constitucionalidad preventivo y obligatorio que debió hacer respecto de la L.O.C sobre el Congreso Nacional, adhería a la tesis que hoy ha terminado por imponerse a partir de la reforma de 2005, consistente en que el tribunal para conocer válidamente de unos hechos debe haberse establecido, o haber asumido la competencia, en su caso, con anterioridad a esos mismos hechos. Esta disímil evaluación del artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución, tuvo su desenlace más dramático a propósito de la controversia interpretativa que se suscitó en relación con la constitucionalidad de una de las leyes Cumplido que, en 1992, dispuso el traslado de las causas pendientes sobre derechos humanos, desde los tribunales militares de justicia a los tribunales ordinarios. Estando en esa época radicada en la Corte Suprema la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad, ésta, a despecho de la posición interpretativa sustentada por el Tribunal Constitucional, resolvió, por esa vía que la disposición que ordenaba el traslado era perfectamente constitucional desde que no habiéndose aun dictado fallo en esas causas, era constitucionalmente posible el cambio de tribunal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 4°.

### **3. La inaplicabilidad y la inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional**

Los comúnmente llamados recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y recurso de inconstitucionalidad (artículo 93 N°s 6 y 7 de la Constitución), tema central de estas reflexiones, constituyen hoy básicamente las dos únicas vías procesales a través de las cuales se materializa el control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales, exceptuando el procedimiento especial de reclamación relativo al Decreto con Fuerza de Ley previsto en el artículo 93 N° 4 de la Constitución en relación al inciso 6° del mismo artículo, y sin perjuicio de la acción constitucional de nulidad de Derecho Público, cuya eventual procedencia respecto de los preceptos legales no es por cierto punto pacífico en doctrina, sobre todo a la luz de la reforma constitucional de 2005, mediante la cual se instituyó el mencionado recurso de inconstitucionalidad, al cual nos referiremos más adelante.

Por lo que respecta a la vías procedimentales que conforman el objeto material de nuestro análisis y de conformidad con el parecer más o menos generali-



zados de la doctrina, parecen más bien encuadrarse dentro de la categoría procesal de la acción, puesto que obviamente su interposición no busca impugnar resoluciones judiciales, sino provocar el ejercicio de la jurisdicción, originando cada una de ellas un proceso autónomo, cuyas características más fundamentales arrancan directamente de la Constitución. En efecto, por lo que respecta a la inaplicabilidad, que paradójicamente se hace valer por vía de excepción, su interposición da origen a un juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que es sustanciado por el Tribunal Constitucional en conexión con una gestión judicial pendiente radicada en un tribunal ordinario o especial; por su parte la acción de inconstitucionalidad da origen a un juicio especial de inconstitucionalidad que, a diferencia del anterior, es enteramente independiente de cualquier otro y cuya substanciación corresponde igualmente al Tribunal Constitucional.

#### **4. La acción de inaplicabilidad, control concreto y efecto relativo**

En relación con el llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, podemos definirlo como aquella acción o requerimiento que se interpone ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de impedir la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial radicada en un tribunal ordinario o especial que se encuentra pendiente, cuando se estima por alguna de las partes, o de oficio por el propio tribunal de la gestión, que esa aplicación producirá un efecto contrario a la Constitución.

A través de la acción o requerimiento de inaplicabilidad se busca llevar a efecto un control eminentemente concreto, cuyos efectos, por tanto, se circunscriben a la gestión judicial respectiva y a las partes que actúan en ella; se trata, pues, de un control concreto e inter partes. En relación con el carácter concreto de este control debemos advertir que está dirigido solo a impedir la aplicación de un precepto legal respecto de los hechos materia de la gestión judicial y de las partes que intervienen en ella, si se estima por el Tribunal Constitucional que su aplicación es contraria al contenido normativo o a los fines de la Constitución. De tal manera que lo que se ataca esencialmente, vía inaplicabilidad, es la aplicación eventual de un precepto legal a unos hechos determinados y no necesariamente el precepto legal en sí, que, considerado objetivamente y en abstracto, podría conformarse perfectamente a la Constitución. La aplicación del precepto legal puede resultar inconstitucional, por ejemplo, si estuviera referida a personas, circunstancias, tiempo, espacio o materias diferentes de los previstos en el precepto legal, casos en los cuales el conflicto no necesariamente aparecería referido al precepto legal mismo, sino solo a su aplicación, circunstancia que explica la continuidad de su vigencia más allá de la eventual declaración de inaplicabilidad.

El precepto legal cuya inaplicabilidad es acogida será, en consecuencia, susceptible de volver a aplicarse, a menos que nuevamente se interponga un recurso de inaplicabilidad para impedirlo y sea acogido, o bien, que el precepto sea derogado con posterioridad, vía requerimiento de inconstitucionalidad, si llegara a estimarse, por el mismo Tribunal Constitucional, que objetivamente es inconciliable con los principios y normas de la Constitución.

Si, fundamentalmente, es la aplicación de un precepto legal determinado en una gestión judicial concreta y particular el objeto o finalidad del recurso de inaplicabilidad, en razón de que ella pudiera producir efectos contrarios a la Constitución, y no el precepto legal en sí, se comprenderá que los efectos del fallo del tribunal que lo acoge se circunscriban solo a dicha gestión, ya que el precepto legal cuya aplicación se controvierte mantiene su vigencia más allá del fallo que eventualmente haya acogido el recurso. Desde este punto de vista la sentencia pronunciada por el Tribunal no difiere de los efectos de cualquier fallo, de acuerdo al principio general de la relatividad de los efectos de las sentencias previsto en el artículo 3° del Código Civil. Sin embargo la relatividad de los efectos del fallo del recurso de inaplicabilidad es particularmente marcada, si se la considera desde el punto de vista de los efectos de cosa juzgada que en general derivan de toda sentencia.

Si bien, como expresa el artículo 90 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, “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 hubiera promovido”, nada impide que, por el mismo vicio, la cuestión de inaplicabilidad vuelva a plantearse en otra gestión judicial, incluso, como luego se hará notar, por las mismas partes y con el mismo objeto. Lo anterior nos permite afirmar que la sentencia del Tribunal que resuelve la cuestión de inaplicabilidad solo produce efectos de cosa juzgada formal pero no material. Tal conclusión parece quedar reafirmada por lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 17.997, en cuyo inciso primero se previene: “La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite”.

Se ha dicho que mediante el llamado recurso de inaplicabilidad se busca llevar a efecto un control eminentemente concreto e inter partes. Pues bien, contrasta esta situación con la existente antes de la reforma constitucional de 2005. En efecto con anterioridad a esa época y como lo evidencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de inaplicabilidad solo se hacía por este tribunal en caso de existir una incompatibilidad o contradicción objetiva y total entre el precepto legal impugnado vía inaplicabilidad y una o más normas constitucionales, por existir contenidos o fines contrapuestos. En el hecho se trataba de un control en abstracto del precepto legal incompatible a nuestro juicio con la finalidad propia del recurso de inaplicabilidad que, como su nombre lo indica,

solo busca la inaplicación del precepto legal al caso sub-lite, es decir, a un caso concreto y particular. Con el criterio jurisprudencial descrito, no se justificaba estrictamente mantener la vigencia de una norma legal más allá de su declaración de inaplicabilidad si objetiva y totalmente se consideraba incompatible con la Constitución. Esta circunstancia contribuía a agravar la situación de desigualdad jurídica entre quines lograban obtener liberarse de la aplicación de un precepto legal, vía inaplicabilidad, y quienes seguían sujetos a sus disposiciones por no intentar la acción, o haber sido ésta rechazada, situación que, por cierto, no se produce en EE.UU. (cuna y modelo más reciente de la institución que nos ocupa) gracias al régimen de los precedentes. Estábamos, pues, bajo una modalidad de control abstracto de constitucionalidad que, sin embargo, generaba efectos relativos, lo que solo parece explicarse a la luz del clásico principio de soberanía de la ley, reforzado por la tradicional concepción de la separación de los poderes de Montesquieu, que predominó hasta mediados del siglo XX, y que hoy pervive convenientemente atenuada en la interdependencia por integración propia de los regímenes parlamentarios, o en la interdependencia por cooperación, característica de los regímenes presidenciales. Resabio de esta doctrina son los artículos 4° del C.O.T., que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes del Estado y, por cierto, el artículo 1° del Código Civil, que considera a la ley como expresión de la voluntad soberana.

Una sentencia de la Corte Suprema de 1998 retrata con toda claridad la situación preexistente a la reforma constitucional de 2005, en lo que respecta a la modalidad de control que se materializaba por medio del recurso de inaplicabilidad. Expresa ese fallo que “la errónea aplicación de un precepto legal, en una determinada gestión judicial, que lleva a una consecuencia inconstitucional, hace improcedente el recurso de inaplicabilidad, puesto que no significa que dicho precepto sea en sí mismo contrario a la Constitución, problema que deberá ser resuelto por lo jueces del fondo y no por esta Corte”<sup>4</sup>.

## **5. Legitimación activa en la acción de inaplicabilidad**

Por lo que respecta a la legitimación activa para requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y considerando la finalidad propia de la acción de inaplicabilidad, ya reseñada, sólo las partes de la gestión judicial en progreso, o el interesado, si se trata de una gestión voluntaria, o bien, de oficio, el propio tribunal en que se radica la gestión, habilitación esta última incorporada por la reforma constitucional de 2005, pueden válidamente requerir la intervención del Tribunal Constitucional e iniciar, así, el juicio incidental respectivo. Lo anterior descarta, razonablemente, una eventual intervención de oficio por parte de ese tribunal.

<sup>4</sup> R.D.J., tomo 45, sesión 5ª, página 111.

En efecto, ni la reforma constitucional de 2005, ni la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, han previsto una situación que en cambio sí contempló la Constitución de 1980 originariamente (artículo 80) y también la Constitución de 1925 (artículo 86, inciso 2°): la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda, de oficio o a petición de parte, en los casos, materias o asuntos particulares de que esté conociendo, declarar la inaplicabilidad de algún precepto constitucional que sea susceptible de aplicarse en tales asuntos, materias o casos, como por ejemplo, cuando se encuentra examinando la constitucionalidad de un partido político (artículo 93 N°10 de la Constitución); o cuando debe resolver sobre las inhabilidades legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo, o desempeñar simultáneamente otras funciones (artículo 93 N° 13); o bien, en los casos en que debe pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 93 N° 14 de la Constitución). Estamos pues, ante un vacío normativo que deberá subsanarse mediante una futura reforma constitucional.

La innovación introducida por la reforma constitucional de 2005, basada en el modelo europeo, que habilita al tribunal de la gestión para requerir de oficio al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de un precepto legal, pone de manifiesto la improcedencia jurídica de que algún órgano del Estado pueda decidir por sí y ante sí dejar de aplicar un precepto legal a pretexto de que produciría efectos contrarios a la Constitución, puesto que si ni aun un tribunal de justicia, cualquiera sea su jerarquía, puede válidamente hacerlo, con mayor razón cabe excluir a cualquier otro órgano que no ejerce jurisdicción. Lo contrario haría simplemente inviable el funcionamiento del Estado y la inseguridad jurídica pasaría a reinar en todos los ámbitos del quehacer nacional.

El artículo 6° de la Constitución, que impone a los órganos del Estado el deber de someter su acción a la Constitución, es técnicamente un principio cuyas modalidades específicas de aplicación las encontramos en el desarrollo que de sus requerimientos hacen las normas de la parte orgánica de la Constitución, y que dan forma a los diversos mecanismos de control de constitucionalidad. Sólo así se armonizan razonablemente los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de la Carta Fundamental, por una parte, con el principio de sujeción irrestricta a los mandatos de la ley, por otra.

## **6. El tribunal de la gestión judicial pendiente en la acción de inaplicabilidad**

En relación con el tribunal en que debe estar radicada la gestión judicial que habilita para la interposición de la acción de inaplicabilidad, la Constitución reformada en 2005 hace referencia a los tribunales ordinarios y especiales, sin

distinguir si se trata de tribunales especiales que forman parte del Poder Judicial o se encuentran fuera de él, por lo cual debe entenderse que el Constituyente de 2005 ha querido emplear un criterio lo suficientemente amplio como para incluir a todo órgano que tenga facultades legales para juzgar<sup>5</sup>.

Se trata, pues, de un criterio semejante al utilizado originariamente en la redacción del artículo 19°, n°3, inciso 5° de la Constitución, que hace alusión a "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción", para designar de forma amplia a los destinatarios del deber de actuar conforme a los requerimientos del debido proceso, independientemente si se actúa en sede judicial, administrativa, política, económica o cualesquiera otras. Mencionamos a modo de ejemplo los tribunales de aduana, de evaluación, de la libre competencia, los alcaldes y los intendentes, conociendo de la reclamación de ilegalidad, el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral, etc. En efecto, si la exigencia de obrar de conformidad con los requerimientos del debido proceso se predica respecto de cualquier órgano que ejerza jurisdicción, no se divisa una razón valedera para no exigir igualmente que la sentencia fundada en el debido proceso, se dicte teniendo como sustento un precepto legal que se conforme a la Constitución y, siendo así, nada impide que ese proceso sea utilizado como procedimiento habilitante para accionar de inaplicabilidad.

De este modo se cumple con las disposiciones de los artículos 6° y 7° de la Constitución y muy especial con el mandato de que todo órgano debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Más aún. Si se considera que las normas de la Constitución obligan no sólo a los titulares e integrantes de los órganos del Estado, si no a cualquier persona, institución o grupo, integren o no el aparato del Estado, debiéramos concluir que la condición de procedimiento habilitante para la interposición de un recurso de inaplicabilidad debiera reconocerse igualmente a aquellos que se substancian en el seno de los cuerpos u organizaciones intermedias de la sociedad, como por ejemplo, los tribunales de disciplina de los partidos políticos o los tribunales de ética de los colegios profesionales, en la medida que, en tales escenarios, la resolución de la gestión pendiente dependiera en definitiva de la aplicación de un precepto legal cuyos efectos eventualmente pudieran considerarse contrarios a la Constitución.

## **7. Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad**

La declaración de inaplicabilidad demanda el cumplimiento previo de ciertos presupuestos constitucionales de cuya satisfacción depende la admisibilidad

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, no ha habido problemas cuando el Tribunal Constitucional ha conocido de una acción de inaplicabilidad presentada durante procedimiento de casación en la forma ante la Corte de Apelaciones, de una causa que había sido resuelta por un tribunal arbitral inicialmente. Véase Tribunal Constitucional, roles 505 y 506.



del recurso, y que deben ser evaluados por algunas de las dos salas en que se divide dicho tribunal, antes de que el pleno se pronuncie sobre el fondo.

### **7.1 Existencia de una gestión judicial radicada en un tribunal ordinario o especial**

A la luz de lo dicho precedentemente en relación con la naturaleza del tribunal en que debe estar radicada la gestión habilitante, las expresiones "gestión judicial" deben entenderse en un sentido amplio y no solo comprensivos de aquella que se sustancia en sede propiamente judicial. Se trata, pues, a nuestro juicio, de cualquier procedimiento jurisdiccional, sea de carácter contencioso o voluntario, que conduzca a la dictación de una sentencia o resolución que pueda producir efectos en la esfera subjetiva de las personas. La Constitución de 1980 sustituyó, por su carácter restrictivo, la expresión "juicio" que empleaba la Constitución de 1925, por "gestión judicial".

Conceptual y jurídicamente comprende tanto la gestión principal, es decir, aquella que se substancia para la resolución de la cuestión o asunto que motiva la interposición de la correspondiente acción civil o penal, o, en su caso, la presentación de la respectiva solicitud, como también la o las gestiones secundarias o incidentales que pudieran suscitarse dentro de la gestión principal, todas las cuales, a nuestro juicio, independientemente, pueden servir de base para la interposición de un recurso de inaplicabilidad.

### **7.2. La gestión judicial debe estar pendiente**

Vale decir, la gestión no debe haberse agotado procesalmente, puesto que el recurso persigue precisamente evitar la aplicación de un determinado precepto legal en una gestión determinada y ello será técnicamente posible solo si aún no se ha dictado el fallo que lo pone en aplicación, o éste no se encuentra ejecutoriado, o ya no es posible procesalmente revertirlo.

Por lo dicho precedentemente, si una gestión incidental dentro de la gestión principal se ha consumado procesalmente, no será procedente cuestionar, vía inaplicabilidad, la aplicación del precepto legal en que se haya fundado su resolución, aun cuando se encuentre pendiente la gestión principal.

Como el tribunal que conoce de la inaplicabilidad solo está constitucionalmente habilitado para fallarla mientras la gestión judicial se encuentra pendiente, lo que obliga al actor a presentar oportunamente su acción, éste, constitucionalmente, está facultado para solicitar la suspensión del procedimiento al que se encuentra sometida la tramitación de la gestión y evitar así que el Tribunal Constitucional se declare inhabilitado para fallar, en la eventualidad de que dicha gestión se agote procesalmente antes de que pueda pronunciarse. La

suspensión puede pedirse en el mismo requerimiento de inaplicabilidad, o con posterioridad ante la misma sala que resolvió la admisibilidad del recurso. El Tribunal Constitucional no está obligado a concederla, si por ejemplo advierte que solo persigue fines dilatorios. Si la concede, podría, por la misma razón, dejarla sin efecto. En todo caso la solicitud puede reiterarse. El Tribunal también puede decretarla de oficio (artículo 19 N° 6 de la Constitución en relación con el artículo 85 de la Ley 17.997).

Pienso que está dentro de la órbita competencial del Tribunal precisar el momento u oportunidad procesal a partir de la cual deberá suspenderse la tramitación de la gestión. Es razonable admitir que pueda decretar solo la suspensión de la dictación del fallo, que es la actuación jurisdiccional a través de la cual se pone precisamente en aplicación el precepto legal cuestionado, evitándose con ello el riesgo de una dilatación inútil en la tramitación de la gestión.

Conviene, en fin, destacar por su razonabilidad la innovación introducida por la Constitución de 1980 a la de 1925, en orden a hacer posible la suspensión del procedimiento. Con anterioridad a la Constitución vigente, el riesgo inherente a la consumación procesal de la gestión pendiente solo podía aminorarse, de hecho, por la vía de solicitar y obtener del tribunal que conocía la inaplicabilidad que ordenara la remisión del expediente respectivo para así tenerlo a la vista al momento de fallar.

### **7.3. Que en la gestión judicial se pretenda aplicar un precepto legal**

Es decir, debe impugnarse la aplicación de un instrumento jurídico de rango legal, cuando se estime que esa aplicación pudiera producir un efecto contrario a la Constitución.

El precepto legal no solo se caracteriza por su jerarquía normativa (superior a la de los reglamentos administrativos e inferior a la de la Constitución y sus leyes de reforma e interpretativas), sino también porque versa sobre materias propias de ley.

Al margen de la ley ordinaria que comprende las especies, ley orgánica constitucional, ley de quórum calificado, ley de quórum supercalificado, y ley común u ordinaria propiamente tal, deben incluirse en la categoría de preceptos legales los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes y los tratados internacionales, excluyéndose, por lo tanto, los reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas administrativas u otras que no tengan el rango de ley.

Parece dudoso que las leyes interpretativas de la Constitución teóricamente puedan quedar sometidas al control de constitucionalidad represivo, si se considera que son dictadas por el órgano legislativo en virtud de una

facultad privativa otorgada por la propia Constitución bajo el control preventivo del mismo Tribunal Constitucional, para definir con carácter general y obligatorio el sentido y alcance de las normas constitucionales oscuras o ambiguas, y si existe, por tanto, el deber de todos los órganos del Estado, personas, instituciones o grupos de acatarlas en cuanto expresión oficial del significado e inteligencia de las normas constitucionales (artículo 6° de la Constitución).

En cuanto a los reglamentos autónomos, si bien no se encuentran, por su contenido, sometidos a las normas legales, puesto que, de acuerdo al artículo 32 N° 6° de la Constitución, versan sobre materias que no son propias de ley, de modo que entre aquellos y ésta sólo existe una distribución de competencia, lo cierto es que no pueden ser considerados como preceptos legales, porque siendo, por su naturaleza, una especie de decreto supremo y estando éste, desde el punto de vista formal, sometido en su elaboración a los requisitos que establece la ley (por ejemplo, la ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República), los reglamentos autónomos están, en lo formal, jerárquicamente subordinados a la ley.

Se cuestiona por una parte de la doctrina constitucional y, en especial, por los cultores del Derecho Internacional, la procedencia del recurso respecto de los tratados internacionales, principalmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 54 N° 1° inciso 5° de la Constitución, conforme al cual, las disposiciones de un tratado solo podrán derogarse, modificarse o suspenderse en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional. Se argumenta en consecuencia que con el recurso de inaplicabilidad se busca, en el hecho, suspender la vigencia de las disposiciones del tratado. Aun cuando deba reconocerse que el punto es discutible y que la objeción parece razonable, nos inclinamos por la procedencia del recurso en este orden de materias, especialmente en aquellos casos en que se pretenda aplicar el tratado a situaciones de hecho no previstas en sus disposiciones y de ello se derive un efecto contrario a la Constitución. Su procedencia, estimamos, es consecuencia del carácter concreto que se asigna al control que se materializa a través de la inaplicabilidad, lo que marca la diferencia con la naturaleza del efecto suspensivo que, en cambio, es de aplicación general y abstracta. Por esta razón, a nuestro parecer, no cabe identificar la inaplicación con la suspensión<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Una doctrina similar ha sido sostenida por el propio Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que contra la aplicación de las disposiciones de un tratado cabe válidamente la interposición de una acción de inaplicabilidad, pero que no procede la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ya que el efecto derogatorio de la misma respecto de los tratados estaría limitado por la propia Constitución. Véase Tribunal Constitucional, rol 1286.

#### **7.4. Preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo**

Según se explicita en la ley orgánica constitucional, procederá declarar inadmisibles el recurso de inaplicabilidad cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional, sea ejerciendo el control preventivo obligatorio, o el control preventivo eventual (es decir, a requerimiento de los órganos competentes), y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva (artículo 84 N°2 de la Ley 17.997). No nos parece razonable, desde el punto de vista teórico, esta causal de inadmisibilidad, porque mientras el control preventivo es de carácter abstracto, aquel que se materializa a través de la inaplicabilidad es de carácter concreto, razón por la cual, más que oponerse se complementan. La causal, en cambio, es razonable si el vicio que se desecha preventivamente es sólo de forma.

#### **7.5. El precepto legal debe ser decisivo en la resolución del asunto**

El precepto legal cuya inaplicación se solicita debe ser decisivo en la resolución del asunto, vale decir, vinculado claramente, de modo total o parcial, a las pretensiones que se hagan valer en la gestión judicial habilitante. Sin embargo, debe tenerse presente que aun cuando el Tribunal Constitucional rechace el recurso de inaplicabilidad por estimar que la aplicación del precepto legal en la gestión no produce efectos que sean contrarios a la Constitución, el tribunal ordinario o especial en que se encuentra ella radicada no está obligado a aplicar el precepto señalado, puesto que en el ejercicio de su jurisdicción, y de conformidad con el principio de independencia (artículo 76 de la Constitución), puede libremente seleccionar el precepto legal que a su juicio deberá ser aplicado para la resolución del asunto materia de la gestión.

#### **7.6. Fundamentos razonables de la acción de inaplicabilidad**

Por último la Constitución exige, como presupuesto de admisibilidad, que el recurso de inaplicabilidad se encuentre razonablemente fundado. La exigencia es plenamente concordante con la calidad de Tribunal de Derecho que ostenta el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 92 inciso 5° de la Constitución. En consecuencia el requerimiento contendrá una clara exposición de los hechos; la individualización del o de los preceptos legales susceptibles de aplicarse a los hechos señalados; la identificación de las normas constitucionales que resultarían afectadas con la aplicación de tales preceptos; la explicación del modo como dicha aplicación generaría efectos contrarios a la Constitución, y especificación de los vicios de constitucionalidad resultantes. En términos genéricos, el requerimiento deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen clara y precisamente la pretensión que se

hace valer a través del requerimiento, pues de lo contrario el Tribunal Constitucional lo declarará inadmisibles.

Adviértase que el Tribunal Constitucional no solo habrá de interpretar las normas constitucionales supuestamente afectadas con la aplicación del precepto legal en cuestión, sino que, por la naturaleza de su función, habrá de extender esa interpretación a las disposiciones del precepto legal indicado, limitando, en la misma medida, la competencia del tribunal de la gestión.

## 8. Vicios del precepto legal en la acción de inaplicabilidad

Por lo que respecta al vicio de inconstitucionalidad que puede afectar al precepto legal, teóricamente puede tratarse de un vicio de fondo o de forma. Es sabido que el vicio de forma nunca fue admitido como causal de la inaplicabilidad por la Corte Suprema, mientras fue competente para conocer del recurso, bajo la argumentación de que en tal caso el precepto legal afectado era inexistente y la cuestión debía por tanto resolverse por los jueces del fondo.

Aun cuando el Tribunal Constitucional no ha declinado su competencia para pronunciarse represivamente sobre un vicio de forma y la historia fidedigna de la reforma constitucional de 2005 parece avalar dicha opción, lo cierto es que el vicio de forma como causal del recurso de inaplicabilidad nos plantea un problema: la declaración de inaplicabilidad por este tipo de vicio no se encuentra lógicamente referida al caso concreto, si no que, por el contrario, representa una forma de control abstracto y de efectos generales, haciendo además inoficiosa una eventual declaración de inconstitucionalidad posterior del precepto legal en sí<sup>7</sup>. El vicio de forma transforma la naturaleza del control que se realiza a través de la inaplicabilidad y altera la lógica relacional existente entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, desvirtuando la finalidad propia de aquella y tornando innecesaria la cuestión de inconstitucionalidad posterior que pudiera suscitarse<sup>8</sup>. Sin perjuicio del control preventivo del vicio de forma por el Tribunal Constitucional, su control represivo, pues, ofrece particularidades dignas de atención.

En fin, el Tribunal Constitucional no está constreñido a considerar como fundamentos de la inaplicabilidad sólo aquellos que se le hagan valer en el requerimiento, por la parte o solicitante que interpone el recurso, pudiendo esgrimir fundamentos diferentes, dando de ello conocimiento a los interesados. Así lo dispone el artículo 88 de la Ley 17.997, lo cual nos parece coherente con lo

<sup>7</sup> Este problema ha sido tratado en profundidad por el profesor Sergio Verdugo. Véase su trabajo "Inaplicabilidad y Vicios de Forma. ¿Un Problema Resuelto?" (2010) en *Revista de Derecho (Universidad Austral)*. Vol. XXIII, N° 2: pp. 83-112

<sup>8</sup> Pese a todo, el Tribunal ha declarado inaplicable un precepto legal por vicio de forma. Véase un buen ejemplo en Tribunal Constitucional, rol 1865.



dispuesto en el artículo 6° de la Constitución y con el carácter de orden público inherente al control de constitucionalidad.

## 9. Efectos de la sentencia de inaplicabilidad

Por lo que respecta a los efectos del fallo que se pronuncia sobre el requerimiento de inaplicabilidad, debemos distinguir si éste ha sido acogido o se ha rechazado.

Si el recurso de inaplicabilidad es rechazado, habrá que entender que la aplicación del precepto legal cuestionado en la gestión judicial respectiva no deriva en ningún efecto contrario a la Constitución. Como ya se ha explicado, en este evento, el juez de la gestión no está obligado a aplicar el precepto legal a que se hace referencia, pues en el ejercicio de su jurisdicción y de conformidad con el principio de independencia recogido en el artículo 76 de la Constitución, está naturalmente facultado para escoger o seleccionar el o los preceptos que le parezcan más adecuados a la resolución del asunto. Si el tribunal de la gestión opta por aplicar el precepto, deberá hacerlo en la inteligencia asignada a sus disposiciones por el Tribunal Constitucional, a riesgo que, de no hacerlo, la aplicación del precepto pudiera eventualmente derivar en el efecto de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional precisamente, con su interpretación, pretendió evitar.

Si el recurso de inaplicabilidad es acogido, el precepto legal cuya aplicación se cuestiona no podrá ser aplicado en la gestión respectiva como fundamento del fallo. Ello es así, aun cuando el tribunal de la gestión pretendiera asignar al precepto una interpretación acorde con la Constitución y desechar aquella que llevó al Tribunal Constitucional a acoger el recurso, e incluso si entre diversas interpretaciones posibles el Tribunal Constitucional hubiere escogido precisamente aquella que determinó la inconstitucionalidad de su aplicación.

Lo anterior nos lleva a concluir que la tarea de asignar a un precepto legal una interpretación que lo haga o no aplicable a una determinada gestión judicial es privativa del órgano que conoce de la inaplicabilidad. Recordamos, a propósito de lo expuesto, las expresiones de un presidente de la Corte Suprema norteamericana: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra"<sup>9</sup>. Ello es evidente si se considera que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, según se dispone en el artículo 94 de la Constitución.

<sup>9</sup> Juez Jackson, Caso Brown vs. Allen. 344 vs. 443,540 (1953), citado por Humberto Nogueira A., "El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad" En *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga Coordinador. Edit. LexisNexis. 2005

El precepto legal cuya aplicación se declara inconstitucional seguirá vigente y es por tanto susceptible de volver a aplicarse en futuras gestiones, a no ser que, por cierto, se acoja una nueva inaplicabilidad o que el precepto en sí sea luego declarado inconstitucional. Ello es comprensible, pues, como se ha explicado, la inaplicabilidad está sólo referida a un caso concreto y particular.

Como también se ha señalado, el Tribunal Constitucional puede cambiar su valoración interpretativa respecto de casos futuros en que vuelva a plantearse la inaplicabilidad del mismo precepto legal, sin que, por tanto, quede vinculado por su jurisprudencia anterior. Se explica porque lo que se cuestiona en el recurso es sólo la aplicación de un precepto a un caso particular, y no necesariamente la inconstitucionalidad del precepto en sí. Más aún, el artículo 47 L de la Ley 17.997 sólo prohíbe que una vez resuelta la cuestión de inaplicabilidad vuelva a intentarse nuevamente por el mismo vicio y por las mismas partes en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiese promovido. A "contrario sensu", se desprende que la resolución de la cuestión de inaplicabilidad únicamente produce cosa jugada formal, pero no material. En consecuencia nada impide que en una gestión judicial diferente, la mismas partes, por la misma causa de pedir y el mismo objeto, vuelvan a plantear la inaplicabilidad del mismo precepto legal. A principio de la década de los 90, la Corte Suprema, en sucesivos fallos de inaplicabilidad, primero resolvió la inconstitucionalidad de los artículos 559 y 561 del Código Civil, para después declarar su perfecta adecuación a la Constitución, en circunstancias de que coincidían la identidad de las partes, de la causa de pedir y del objeto. En el primer caso la gestión habilitante fue un recurso de protección interpuesto en contra del decreto supremo que cancelaba la personalidad jurídica de Colonia Dignidad; en el segundo, una acción constitucional de nulidad en contra del mismo decreto (1992)<sup>10</sup>.

## 10. La declaración de inconstitucionalidad

Cabe referirse ahora a la acción de inconstitucionalidad como modalidad de control represivo por parte del Tribunal Constitucional, introducida por primera vez en nuestro sistema a través de la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005).

La sola existencia de un control de constitucionalidad represivo, de carácter concreto e inter partes, que se materializa a través del requerimiento o acción de inaplicabilidad es, por cierto, insuficiente dentro de un sistema jurídico, puesto que termina debilitando la fuerza vinculante de la Constitución, provoca inseguridad jurídica y compromete la efectiva vigencia del principio de igualdad

<sup>10</sup> Corte Suprema, rol 16868-1992. Corte Suprema, rol 8497-1997

jurídica que debe imperar en un Estado de Derecho. La estabilidad jurídica anexa al funcionamiento de la institución en EE.UU. gracias al sistema de los precedentes, y que en el hecho produce los efectos de un control abstracto de constitucionalidad, a pesar de que teóricamente sea concreto, no se observa en los sistemas jurídicos continentales. De ahí la necesidad de complementar el control que se materializa por medio del recurso de inaplicabilidad con una modalidad de control represivo pero de carácter general y abstracto: la acción o requerimiento de inconstitucionalidad establecida por medio de la reforma constitucional de 2005.

Puede definirse como un mecanismo de control represivo de constitucionalidad que faculta al Tribunal Constitucional para declarar de oficio, o por la vía de una acción pública, la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente hubiera sido declarado inaplicable, con el objeto de marginarlo del ordenamiento jurídico. De conformidad con lo expresado, el ejercicio de esta acción da origen a un tipo de control de carácter abstracto y *erga omnes*, pues está dirigido a evaluar la constitucionalidad del precepto legal en sí, sin relación a un caso concreto y particular al cual deba aplicarse. Por lo tanto el precepto legal objeto de la acción sólo será declarado inconstitucional si su contenido normativo o sus fines son absoluta y totalmente incompatibles con el texto o espíritu de la Constitución, de modo que ninguna de sus posibles interpretaciones sea conciliable con los requerimientos normativos y valóricos de la misma. Expresa la Constitución que el precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo (artículo 94, inciso 3º). Se comprenderá que dicha sentencia produzca efectos generales, sobre todo si se considera que, según veremos más adelante, la declaración de inconstitucionalidad acarrea la derogación del precepto.

## **11. Presupuestos de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad**

El presupuesto constitucional de admisibilidad de la acción es la declaración previa de inaplicabilidad del precepto legal cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue, a lo menos por una sola vez. Atrás quedó la histórica discusión relativa al número de veces que un precepto legal debía declararse inaplicable, y si debían ser o no consecutivas tales declaraciones, antes de proceder a su derogación, discusión tras la cual pesaban, por cierto, consideraciones vinculadas a la soberanía de la ley y a la clásica concepción de la separación de los poderes, principios que podían quedar desvirtuados si se le otorgaba a la Corte Suprema una potestad derogatoria que la transformara en un superlegislador o contrapoder democrático. Tales temores fueron en definitiva superados por la vía de asegurarle al precepto legal cuestionado un

juicio especial de constitucionalidad que, en el marco de un debido proceso, permitiera la intervención de los órganos colegisladores de generación popular, a partir de la declaración de admisibilidad de la acción (artículo 47 R de la L.O.C. N° 17.997). Se desechó así la idea de que el Tribunal Constitucional, de oficio, en el mismo fallo en que se declarara la inaplicabilidad, ejerciera un control automático de constitucionalidad, idea recogida inicialmente en un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y que en definitiva no prosperó gracias a un veto presidencial.

En cumplimiento del mandato constitucional entregado al legislador en el artículo 93, inciso 12°, para establecer los demás requisitos de admisibilidad de la acción de constitucionalidad, el artículo 97 N° 2 de la L.O.C. 17.997, consagra como nuevo requisito de admisibilidad: que la cuestión se funde en el mismo vicio de inconstitucionalidad que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado. Consecuentemente el artículo 101 dispone que la declaración de inconstitucionalidad deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueran considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad.

Por cierto el vicio de inconstitucionalidad que motivó la declaración de inaplicabilidad y que debe servir de fundamento a la declaración de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad debería ser de tal entidad que torne absolutamente incompatible el precepto legal en sí con los valores, principios, fines o disposiciones constitucionales, de manera que en ninguna de sus interpretaciones posibles pueda conciliarse con la Constitución. Por lo tanto, el mismo vicio que en un momento procesal, sirvió de base a la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, debe igualmente luego servir de fundamento a la declaración de inconstitucionalidad, en un momento procesal distinto, dada su gravedad y trascendencia.

## **12. Legitimación activa en la acción de inconstitucionalidad**

Por lo que respecta a la legitimación activa para provocar el juicio de inconstitucionalidad, debe precisarse que la Constitución reformada en 2005 consagra dos vías por medio de las cuales ello es posible:

a. De oficio por el propio Tribunal Constitucional, en su calidad de guardián superior de la supremacía constitucional, cuando conociendo de un juicio incidental de inaplicabilidad haya podido constatar que no sólo la *aplicación* del precepto a un caso concreto y particular es inconstitucional, sino el precepto legal en sí, puesto que no resulta posible por la vía interpretativa conciliarlo de ningún modo con las normas de la Constitución.

b. A través de la acción pública, es decir, por medio de la acción que cualquier persona puede ejercer con el propósito que se declare la inconstitucionalidad del precepto legal, y no solo quienes hayan intervenido como partes en la gestión judicial que sirvió de base a la acción de inaplicabilidad. En palabras del profesor Gustavo Fiamma, estas personas actuarían "en el ejercicio del derecho a vivir bajo el imperio de la legalidad".

### **13. Preceptos legales que pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad**

Por lo que respecta al instrumento jurídico que puede ser objeto de la acción, debe descartarse a los tratados internacionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 N°1 inciso 5° de la Constitución, dado que esta forma de control conduce a la dictación de una sentencia que acarrea la derogación del precepto inconstitucional y que, por tanto, produce efectos generales, de conformidad con lo ya explicado. Se concilia así la naturaleza de este tipo de control con el principio "*pacta sunt servanda*", expresamente consagrado en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Así se dispone, por lo demás, en el artículo 93, inciso 2°, de la L.O.C. 17.997.

### **14. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad**

En cuanto a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, el artículo 94 de la Constitución dispone que el precepto legal objeto de esa declaración se entenderá derogado a partir de la publicación de la sentencia respectiva en el Diario Oficial y sólo producirá efectos hacia el futuro.

La Constitución ha optado por el efecto derogatorio del precepto, descartando en principio el efecto anulatorio. No hay duda que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal involucra la falta de competencia de la autoridad que lo dicta, puesto que ninguna magistratura tiene competencia para generar normas al margen de la Constitución y en consecuencia el precepto legal en cuestión debiera considerarse afecto a la nulidad de Derecho Público, por aplicación del artículo 7° inciso final de la Constitución. En consecuencia estamos estrictamente en presencia de un vicio de nulidad y no de una derogación que, en cambio, responde a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. De ahí las expresiones que se utilizan en la disposición constitucional respectiva: "el precepto declarado inconstitucional... se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial...". Como en Derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice que son, no resulta jurídicamente posible prescindir absolutamente del efecto anulatorio y sus consecuencias, como lo precisa, según se expresa más adelante, el profesor Rodríguez Grez.



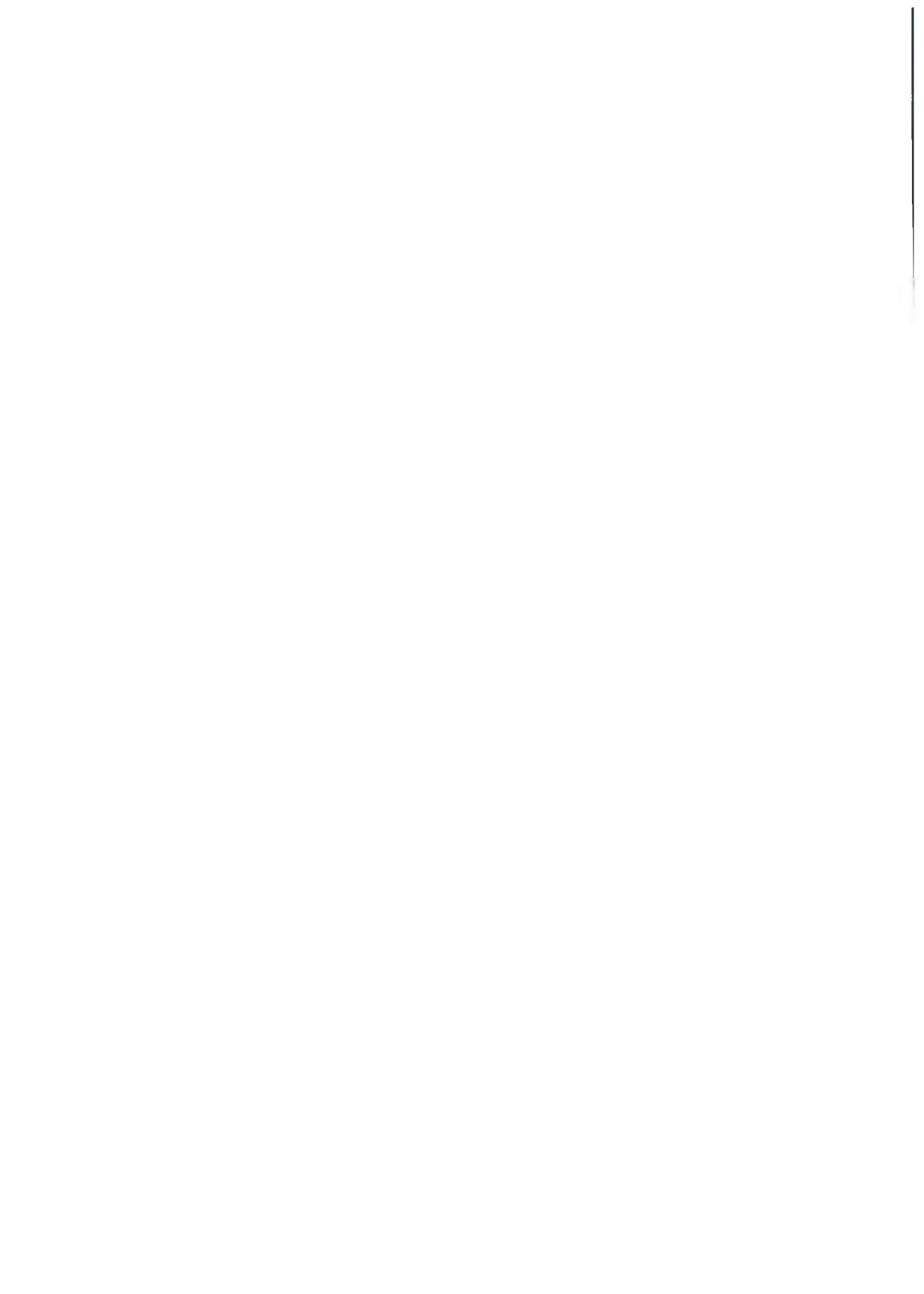
El constituyente ha optado, sin embargo, por la derogación, fundamentalmente por razones de orden práctico. Se pretende con ello evitar los efectos retroactivos propios de la nulidad y salvar así la validez de aquellas situaciones jurídicas consumadas al amparo del precepto legal inconstitucional. Tal vez el efecto anulatorio, por otra parte, habría significado abrir indiscriminadamente la puerta al ejercicio de acciones indemnizatorias destinadas a hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por los daños que eventualmente hubieran podido producirse a consecuencia de la aplicación del precepto inconstitucional.

La denegación del efecto retroactivo anexo a la derogación encuentra, sin embargo, una clara limitación en aquellos casos en que la irretroactividad implique una abrogación de algún principio constitucional, especialmente el principio pro reo, lo que precisamente sucedería si eventualmente se derogara una ley penal que hubiera servido de fundamento a una condena anterior (artículo 19 N° 3, inciso 7° de la Constitución).

El profesor Pablo Rodríguez defiende en relación con el tema una posición interpretativa a la cual adherimos. Sostiene que al expresar el Constituyente que el precepto legal "se entenderá derogado" no significa que en lo esencial desconozca la nulidad de derecho público derivada de su carácter inconstitucional<sup>11</sup>. Ello le lleva a argumentar que el constituyente sólo ha querido amparar la apariencia jurídica inherente a las situaciones que se consolidaron al amparo del precepto legal inconstitucional. El efecto práctico de su interpretación radica en negar la incorporación del precepto inconstitucional a los contratos celebrados bajo su vigencia, en razón de ser inexistente, desconociéndole por tanto los efectos de ultra actividad de que normalmente gozan los preceptos legales incorporados en el contrato al momento de su celebración (artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes). De lo expuesto se puede concluir que el artículo 22 de la ley mencionada reconocería una nueva excepción al principio de incorporación recién señalado, ya que no debieran entenderse incorporadas al contrato aquellas leyes que con posterioridad a su celebración fueran declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, quedando, por tanto, sujeto el contrato, en esa medida, a las leyes que en el futuro pudieran eventualmente dictarse<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Una posición similar ha sido seguida por el profesor Sergio Verdugo en "La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto" (2008), *Actualidad Jurídica* (UDD), Año IX, N° 18: pp. 247-297.

<sup>12</sup> Debemos señalar que la tesis del profesor Rodríguez ha sido recogida claramente en el fallo del Tribunal Constitucional Rol 1552 de 28 de octubre de 2010.



# Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas

**Sergio Verdugo R.<sup>1</sup>**

Máster en Derecho  
Universidad de California,  
Magíster en Derecho Público  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Resumen:** Las herramientas plebiscitarias pueden conducir a decisiones contrarias a las preferencias reales de la ciudadanía y a los derechos de minorías, siendo instrumentos susceptibles de captura por parte de activistas, que además pueden afectar el nivel de *accountability* de las instituciones representativas. El diseño constitucional vigente exige el acuerdo de supermayorías para convocar a un plebiscito, lo que reduce la importancia de dichos problemas debido a la inclusión de un mecanismo deliberativo que impide eludir la función (y responsabilidad) de los representantes.

\*\*\*

## Introducción

El movimiento estudiantil del año 2011 ha generado profundos cambios en el debate público nacional. Una de las demandas específicas del movimiento ha sido la de plebiscitar las ideas que promueve con el objeto de que ellas sean aprobadas popularmente, cuestión que ha sido compartida por el Partido Comunista y por algunos dirigentes de la Concertación<sup>2</sup>. Ante la respuesta negativa del sistema político, el Colegio de Profesores y los propios estudiantes impulsaron una consulta nacional (a la que llaman plebiscito) donde los participantes manifestaron sus opiniones<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios y sugerencias de Camila Boettiger. Además, agradezco la colaboración del ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Nicolás Galli. Todas las traducciones de los textos originalmente en inglés fueron hechas por el autor.

<sup>2</sup> Véanse al menos tres proyectos de reforma constitucional que proponen introducir el plebiscito como una solución directa al problema educacional: en el Senado, véanse los proyectos de los boletines 7857 y 7785; en la Cámara de Diputados véanse los proyectos de los boletines 7853 y 7769.

<sup>3</sup> Debe considerarse que la idea de establecer plebiscitos no es nueva entre nosotros. Sólo desde el 2006 hasta la fecha se han presentado cerca de 20 proyectos de reforma constitucional que contienen alguna forma de democracia plebiscitaria. Véanse los proyectos: en el Senado, los boletines 7905-07,

En general, el debate nacional ha carecido del respaldo académico de estudios locales en la materia, por lo que un primer objetivo de este trabajo es difundir las ideas propuestas por algunos autores extranjeros, con la finalidad de colaborar a que la discusión considere aspectos técnicos y siga una perspectiva de largo plazo.

Existen múltiples instrumentos plebiscitarios y los actores de la discusión no han consensuado uno específico en sus demandas, aunque está claro que se trata de un mecanismo nacional (y no local)<sup>4</sup>. Tampoco han considerado significativamente los problemas que han experimentado los diversos mecanismos de democracia directa en otros países. Un examen de los mismos contribuye a (a) revisar si la idea de plebiscitar materias específicas de interés nacional (como la educación) es adecuada a nuestro contexto local; y (b) si se insiste en la necesidad de instaurar una herramienta plebiscitaria, diseñar una que sea capaz de controlar eficazmente los efectos indeseados de los instrumentos de democracia directa. Dichos efectos, entre otros, dicen relación con la discriminación a las minorías, la posibilidad de captura por parte de activistas y grupos de interés, la distorsión de la voluntad general que estos instrumentos generan, la pérdida de *accountability*<sup>5</sup> de representantes y los costos en materia de finanzas y políticas públicas, como se verá.

Sin perjuicio de que el contexto social y político de los países es muy importante cuando se discute la conveniencia de adoptar este tipo de instrumentos<sup>6</sup>, en este trabajo abordaré los problemas anotados desde una perspectiva más amplia que la chilena.

Dejando de lado (*ceteris paribus*) la variable del contexto, argumentaré que los problemas del plebiscito pueden ser controlables si el diseño de los instrumentos de democracia directa considera la existencia de acuerdos previos donde hayan participado diferentes sectores políticos que sean representativos de los más amplios grupos relevantes. Debe tratarse de acuerdos hechos luego de una deliberación y negociación política que, normalmente, las instituciones de la democracia representativa son capaces de proporcionar. Por ello, resulta altamente recomendable que, cualquiera sea el acuerdo a plebiscitar, el mis-

---

7857-07, 7785-06, 7659-12, 7518-06, 7308-06, 7179-06, 7014-06; en la Cámara de Diputados, los boletines 7313-06, 6566-07, 6237-07, 5982-07, 5879-07, 4252-07, 4103-07, 4228-06.

<sup>4</sup> Hay mucha literatura que separa las experiencias de plebiscitos o consultas locales de aquellos donde se resuelven materias políticas y sociales que interesan a toda la ciudadanía. En mi trabajo no me referiré a la democracia directa de carácter local, la que (en todo caso) me parece saludable si está bien diseñada.

<sup>5</sup> La expresión *accountability* será utilizada en inglés, ya que ella no cuenta con un sinónimo adecuado en español. Ella combina la rendición de cuentas y control de la institución. Cuando se habla de *accountability democrática*, dicho control se realiza (aunque no de manera exclusiva) a través de transparencia, de la obligación de fundamentar decisiones, de herramientas de remoción ejercidas por autoridades electas, etc.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo a ALTMAN (2010) p. 30

mo no eluda el consenso de amplios sectores, frente a lo cual la receta de la representación política tradicional es fundamental.

El constituyente, como se verá, dispuso que para convocar a votaciones populares se requiere de una disposición expresa en la Constitución (la "CPR"), lo que obliga a realizar una reforma constitucional para introducir un nuevo mecanismo plebiscitario (art. 15 CPR). Asimismo, el propio constituyente dispone que la regulación de las materias complementarias deben ser objeto de ley orgánica constitucional (art. 18 CPR). Con ello, el diseño constitucional advierte la necesidad de lograr amplios acuerdos que involucren el consenso del Presidente de la República y de altas mayorías dentro del Congreso, lo que representa un notable aporte. Por lo anterior, nuestra CPR estimula la idea de los acuerdos representativos y de las negociaciones políticamente amplias. Ello no sólo es conveniente, sino también jurídicamente vinculante cuando se propone establecer y regular nuevos instrumentos plebiscitarios.

Se ha sostenido, como se verá, que una de las debilidades del argumento estriba en la variable del contexto, por la cual se ha dicho que las instituciones de nuestra democracia actual adolecen de debilidades de representatividad y competitividad que han sido castigadas por la opinión pública en las encuestas<sup>7</sup>. Sin perjuicio de que no profundizaré este punto, argumentaré brevemente que el plebiscito no soluciona dichos problemas, sino que (todo lo contrario) podría profundizarlos. La solución efectiva de lo anterior debe llevarse a cabo mediante otro tipo de instrumentos que promuevan la competencia del sistema político, a los que me referiré brevemente.

El trabajo se divide en cuatro secciones. En primer lugar (I), revisaré rápidamente el estado actual de la discusión nacional que se ha originado a raíz del plebiscito. En su mayoría, se trata de columnas de opinión ventiladas a través de los medios de prensa. Con ello, constataré la necesidad y el interés en que la materia se estudie con un mayor respaldo académico, y de que los especialistas se asocien a líneas de investigación de largo plazo. En segundo lugar (II), examinaré la regulación constitucional de los instrumentos plebiscitarios, advirtiendo que el diseño jurídico del constituyente es favorable a las ideas

<sup>7</sup> Por ejemplo, según el informe de Latinobarómetro del año 2011, en Chile (a) el apoyo a la democracia es de sólo un 61% (p. 29 y p. 39); (b) entre 2010 y 2011 la percepción de que no se gobierna para "el bien de todos" subió drásticamente de un 29% a un 55% (p. 35); (c) sólo un 12% de los chilenos cree que la democracia ha mejorado (p. 40); (d) sólo un 34% confía en el Gobierno (p. 51); (e) sólo un 35% dice sentirse más cercano a un partido político que a otro (p. 75); (f) sólo un 28% cree que el Estado ha hecho algo por el propio encuestado o su familia (p. 89); (g) sólo un 45% cree que el Estado ha hecho algo por el país (p. 89), en circunstancias que un 82% cree que el Estado posee los medios para resolver los problemas (p. 90); (h) los chilenos califican con un promedio de 4,3 (entre posibilidades que van del 0 al 11), la satisfacción que sienten por los servicios que les brinda el Estado (en 2010 era 5,3 y en 2009 era de 5,5); y (i) sólo un 32% dice sentirse satisfecho con el funcionamiento de la democracia chilena (p. 98). Véase el informe de CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011)



que promuevo. En tercer lugar (III), analizaré uno a uno los problemas de los instrumentos plebiscitarios, indagando en fuentes mayoritariamente extranjeras. Argumentaré que el control de dichos problemas no puede eludir, en general, el camino de la democracia representativa. Finalmente (IV), resumiré las conclusiones centrales de mi trabajo.

## I. Revisión de la discusión nacional sobre el plebiscito

La idea del plebiscito generó un amplio debate en los medios de comunicación, donde diferentes académicos y especialistas se manifestaron a favor, en contra, o presentando posiciones intermedias. Si bien algunos advirtieron (y con razón) que (a) el debate actual no distingue adecuadamente los instrumentos plebiscitarios específicos<sup>8</sup>; (b) que el debate sobre el plebiscito debiera hacerse sin la coyuntura del movimiento estudiantil y con una perspectiva de largo plazo<sup>9</sup>; y (c) que la solución a los problemas de representatividad no se solucionan con el mismo<sup>10</sup>, la mayoría de quienes han opinado han tomado posiciones concretas.

Por un lado, a favor del plebiscito se ha dicho que éste fortalece la democracia representativa<sup>11</sup> y la deliberación pública<sup>12</sup>; que incentiva la participación ciudadana<sup>13</sup>; que vigoriza las libertades públicas<sup>14</sup>; que acelera la toma de decisiones<sup>15</sup>; que le entrega más poder al pueblo<sup>16</sup> y que permite superar las deficiencias de la representación actual<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> ZAPATA (2011), NUÑEZ (2011). Cabe hacer presente que existen múltiples formas distintas de plebiscitos. Como ya lo advertí, en este trabajo sólo me refiero a aquellos de carácter nacional, lo que no contesta todas las preguntas. Ejemplos de formas de plebiscitos son: (a) aquellos que pueden iniciarse por la solicitud de autoridades diversas (grupo de parlamentarios, el Ejecutivo, etc.) o por iniciativa popular, dentro de los cuales se requiere del cumplimiento de diferentes tipos de requisitos (formulación de proyectos, preguntas, reunión de un cierto número de firmas, depósito de garantías dinerarias, etc.); (b) aquellos donde se formulan preguntas directas (obligando a generar un proyecto posterior) y aquellos donde se solicita la ratificación acerca de un proyecto acabado; (c) aquellos cuyo resultado es jurídicamente vinculante y aquellos que no producen efectos jurídicos directos, aunque pueden producir consecuencias políticas importantes; (d) aquellos que modifican la CPR y aquellos que tienen rango de norma inferior; entre otros. En todas las clasificaciones anotadas es necesario preguntarse cuestiones adicionales. Por ejemplo: ¿quién redacta y cómo se formulan las preguntas? ¿quién y cómo se redacta el proyecto? ¿existe control constitucional? ¿qué papel tienen los jueces? ¿qué normas de transparencia se aplican durante todo el procedimiento? ¿qué nivel de participación popular se permite? ¿qué autoridades y con qué tipo de mayorías se formulan las convocatorias? ¿Existen materias vedadas o puede regularse sobre todo? ¿cómo se modifican las normas aprobadas por plebiscito? ¿Qué tratamiento se les da a los resultados injustos o discriminatorios que pudiera generar una norma aprobada mediante plebiscito?

<sup>9</sup> MANSUY (2011)

<sup>10</sup> Por ejemplo, NAVIA (2011); VERDUGO (2011)

<sup>11</sup> CORDERO (2011), RIOS (2011)

<sup>12</sup> CODDOU (2011)

<sup>13</sup> CORDERO (2011)

<sup>14</sup> LOVERA (2011)

<sup>15</sup> CORDERO (2011)

<sup>16</sup> LOVERA (2011), CODDOU (2011)

<sup>17</sup> Editorial de EL MOSTRADOR (2011)

Por otro lado, en contra del plebiscito se ha dicho que es un instrumento que puede conducir al populismo<sup>18</sup>; que es susceptible de ser capturado por grupos de interés<sup>19</sup>; que reduce el nivel de deliberación<sup>20</sup>; que impide los beneficios de los acuerdos políticos generados luego de una negociación<sup>21</sup>; que debilita la democracia representativa<sup>22</sup>; y que puede afectar derechos fundamentales<sup>23</sup>. Algunos de quienes se manifiestan en contra del plebiscito nacional que se propone, sin embargo, hacen reserva de que los plebiscitos locales pueden tener algún valor relevante<sup>24</sup>.

La discusión nacional, si bien contiene ciertas opiniones sofisticadas (y salvo algunas excepciones<sup>25</sup>) en general ha carecido del respaldo académico de investigaciones de largo plazo que aporten teorías y evidencia significativa. En parte, ello se debe probablemente a que los instrumentos de democracia directa han sido poco estudiados en Chile. Es cierto que existe una literatura constitucional más bien descriptiva sobre el plebiscito, pero ella no suele abordar con profundidad los problemas de dicho instrumento<sup>26</sup>. También es cierto que hay una literatura relativa a la participación ciudadana y política<sup>27</sup>, pero dicha literatura normalmente no examina al plebiscito nacional como instrumento de carácter general ni suele profundizar en los problemas del mismo.

## II. El diseño constitucional del plebiscito

En este capítulo revisaré brevemente si la CPR permite o no la realización de un plebiscito nacional en material educacional. ¿Puede el Ejecutivo convocar

<sup>18</sup> WALKER (2011), PAPI (2011), JKEIN, LARRAÍN y JARAQUEMADA (2011), Editorial de EL MERCURIO (2011), FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2011)

<sup>19</sup> VERDUGO R. (2011), NAVIA (2011), JKEIN, LARRAÍN y JARAQUEMADA (2011), Editorial de EL MERCURIO (2011)

<sup>20</sup> PAPI (2011), NAVIA (2011)

<sup>21</sup> VERDUGO R. (2011), FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2011)

<sup>22</sup> NAVIA (2011), JKEIN, LARRAÍN y JARAQUEMADA (2011), WALKER (2011), ROJAS (2011), FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2011)

<sup>23</sup> WALKER (2011)

<sup>24</sup> Por ejemplo, WALKER (2011)

<sup>25</sup> Véase una excepción en el trabajo del profesor de la P. Universidad Católica David Altman: ALTMAN (2010) y ALTMAN (2011). Dentro del marco del debate sobre el plebiscito como técnica para dar salida al conflicto de la educación, véase la columna de LIBERTAD Y DESARROLLO (2011), que utiliza algunas interesantes fuentes extranjeras.

<sup>26</sup> Véase por ejemplo a SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 388-393; VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002) pp. 188-190; VIVANCO (2004) p. 92; MOLINA (2006) pp. 169-174; VIVANCO (2007) pp. 335-336; CEA (2008) p. 212; y a CRUZ-COKE (2009) pp. 148-154.

<sup>27</sup> Sobre participación política, véase por ejemplo a DÍAZ DE VALDÉS (2010). Sobre participación ciudadana, asociada al régimen municipal, véase por ejemplo a CELIS y MOLINA (2007); asociada a materias urbanísticas, véase a RÍOS (1985) pp. 386-412 y pp. 530-533; relacionada a materias medio ambientales, véase a MORENO (2004); y vinculadas con la ley 20.500 y el derecho de asociación véase ROSENDE y ENTEICHE (2011).

a un plebiscito no autorizado expresamente por la CPR? ¿Puede hacerlo el legislador? La respuesta es negativa: para llevar a cabo dicho plebiscito hay que modificar la CPR<sup>28</sup>.

La CPR contempla algunos casos de plebiscito en materia constitucional (arts. 32, N° 4, 128 y 129) y en material comunal (art. 118, inc. 5°), pero de manera limitada. El sistema político democrático chileno es fundamentalmente representativo, y las formas de democracia directa son, por consiguiente, una excepción<sup>29</sup>. Por eso, también, el constituyente (a) prohíbe las delegaciones legislativas en materia de plebiscito (art. 64, inc. 2°); (b) dispone un sistema de control sobre las cuestiones de constitucionalidad que se puedan suscitar en relación a la convocatoria (arts. 93, N° 5 y 95); y (c) entrega la regulación complementaria específica al legislador orgánico constitucional (arts. 18 y 118, inc. 5°). Es cierto que el art. 5° dispone expresamente que la soberanía se puede ejercer por el pueblo mediante plebiscito, pero esta norma hay que interpretarla en conjunto con otras disposiciones relevantes que limitan el instrumento en beneficio de los poderes representativos.

Si se acepta que el plebiscito es una "votación popular", entonces le rige la exigencia del art. 15, inc. 2° de la CPR, que dispone: "Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución". El tenor literal de la misma restringe esta forma de ejercer la soberanía, otorgando competencia exclusiva al propio constituyente, cuestión que es coherente con el diseño que la CPR ha elaborado de nuestro sistema político representativo. Como es sabido, si la competencia se atribuye a una autoridad determinada, otras autoridades quedan excluidas de dicha potestad (art. 7°, inc. 2° de la CPR), conclusión que además se refuerza con la expresión "Sólo" que utiliza el constituyente en el art. 15.

Si bien la historia de la norma no contiene mayores explicaciones<sup>30</sup>, el tenor literal de la misma parece bastante claro. La identificación del plebiscito con el concepto de "votación popular" ha sido reconocida por parte importante de la doctrina<sup>31</sup> y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, el "TC"). Cabe recordar que este último ha declarado inconstitucionales proyectos de ley que disponen plebiscitos comunales y primarias por carecer

<sup>28</sup> Esta discusión también está presente en otros países. Véase por ejemplo el caso de EE.UU., donde se admite que varios estados tengan instrumentos de democracia directa. Sin embargo, parte de la doctrina ha sostenido que los mismos son contrarios a la Constitución federal por violar la cláusula republicana y la igualdad. Véase un buen ejemplo en CHEMERINSKY (2007) pp. 294-297 y pp. 301-306.

<sup>29</sup> Una opinión similar sostiene SILVA BASCUÑÁN (1997-A) p. 249.

<sup>30</sup> Véase el acta de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, de la sesión 413.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, la opinión de SILVA BASCUÑÁN (1997-A) p. 249; VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002) p. 157; CEA (2008) pp. 325-328 y CRUZ-COKE (2009) p. 345. Idéntica opinión es citada y parece ser aceptada por VIVANCO (2004) p. 192.

de autorización constitucional expresa, invocando el precepto constitucional recién transcrito<sup>32</sup>.

El caso de las primarias es tal vez el más importante de analizar, debido a que constituye una analogía de reciente aplicación práctica por el constituyente derivado y el legislador orgánico, como se verá. En un antiguo fallo, el TC insistió en que no pueden regularse las primarias por vía legislativa, ya que la competencia autorizatoria es exclusiva del constituyente. En dicha sentencia, el TC entregó un concepto amplio de "votación popular" que hoy se utiliza para ver si el plebiscito está limitado o no por la restricción del art. 15 de la CPR:

"Que, por votación popular debe entenderse aquel acto en que se convoca al pueblo como sinónimo de cuerpo electoral organizado, para pronunciarse sobre un asunto de interés general para la colectividad, sea a nivel nacional o local, pudiendo dicho logro asumir las más variadas formas, tales como elección de gobernantes, plebiscitos de reforma constitucional, plebiscitos municipales, consultas nacionales o locales, sean éstas vinculantes o no, revocación de actos de los órganos del Estado o destitución de sus titulares y, en fin, selección de candidatos para postular a los cargos de elección popular"<sup>33</sup>.

Como puede verse, se trata de un concepto amplio<sup>34</sup>. Si dicho criterio se mantiene, entonces ni las primarias ni el plebiscito podrían ser regulados sin autorización constitucional expresa, cuestión que incluso comparten algunos partidarios de que el plebiscito se lleve a cabo<sup>35</sup>. En el caso particular de las primarias, el constituyente derivado modificó la CPR expresamente mediante ley de reforma constitucional N° 20.414, del año 2010. Mediante dicha modificación, se regularon las bases del sistema de primarias y se dispuso que el

<sup>32</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 50, que declaró la inconstitucionalidad de parte de un proyecto de ley. Dicha parte pretendía facultar a la autoridad municipal para convocar plebiscitos comunales. Finalmente, se alcanzaron los acuerdos políticos para que la CPR autorizara expresamente dichos plebiscitos, mediante las leyes de reforma constitucional N° 18.825 y 19.097, de 1989 y 1991, respectivamente.

<sup>33</sup> Considerando 19, sentencia TC rol 279.

<sup>34</sup> Cabe hacer presente que dicho fallo tuvo una prevención de Luz Bulnes y una sola disidencia, de Mario Verdugo M. El profesor Verdugo M. sostuvo que las primarias no son "votaciones populares", mostrando un concepto más limitado. Sin embargo, aún si el profesor Verdugo tuviera razón, su argumento no permitiría flexibilizar el límite constitucional para el caso del plebiscito, ya que hace poco este autor reconoció en un medio electrónico que la convocatoria a plebiscito requiere de una reforma constitucional, justamente porque, en su concepto, el plebiscito sí constituye una "votación popular". Véase VERDUGO M. (2011). Parece razonable lo anterior si se considera la diferente extensión que ambos instrumentos (primarias y plebiscitos) muestran en relación con los ciudadanos llamados a participar.

<sup>35</sup> Véanse por ejemplo las columnas electrónicas de CORDERO (2011) y RÍOS (2011). Véanse también los proyectos que parlamentarios han presentado proponiendo modificar la Constitución para instaurar el plebiscito. En estos casos, existe un reconocimiento a veces expreso en las mociones, y otras veces implícito, en la necesidad de que los plebiscitos se introduzcan por la vía de la reforma constitucional. Sólo en el año 2011, véanse los proyectos de reforma constitucional presentados: en el Senado, boletines 7905, 7857, 7785, 7659, 7518; y en la Cámara de Diputados, boletines 7853, 7769, 7423.

legislador orgánico constitucional debe regular los aspectos complementarios (véase el nuevo texto del art. 19, N° 15, inc. 5°). Por esta razón, el proyecto que el Presidente Piñera presentó en septiembre de 2011 con el objeto de regular el sistema de primarias se encuentra autorizado por la CPR<sup>36</sup>.

Por el contrario, en el caso del plebiscito no existe autorización constitucional expresa (fuera de las excepciones indicadas), debido a lo cual corresponde entender que la CPR prohíbe convocarlos. En consecuencia, las demandas por someter el debate de la educación a esta forma de democracia directa exigen una reforma constitucional previa. Si dicha reforma constitucional no modifica la reserva que el constituyente realiza al legislador orgánico constitucional (art. 18, CPR), entonces la regulación complementaria debe sujetarse a una regla de supermayoría parlamentaria.

Como puede observarse, el diseño constitucional es favorable a que esta materia se discuta y se acuerde por amplios sectores políticos, confiando en las instituciones representativas la negociación y votación de cualquier propuesta que disponga la posibilidad de convocar a un plebiscito. Ello hace inevitable que, si la demanda por el plebiscito finalmente prospera, ella deba superar los costos de la deliberación y los consensos amplios, sin poder eludir los canales representativos tradicionales. Como se verá más adelante, este diseño proporciona importantes beneficios para nuestra democracia y asigna la responsabilidad principal en los dirigentes políticos que han sido electos popularmente.

### III. Problemas del plebiscito

Hay que tener cuidado con convertir el debate del plebiscito en una discusión que haga elegir entre democracia directa y democracia representativa o deliberativa<sup>37</sup>. Existen muchas formas de democracia directa y varias maneras de hacer que ellas se relacionen e impacten en un sistema político basado en la

<sup>36</sup> Véase el proyecto presentado al Congreso que hoy se encuentra en tramitación: boletín N° 7911-06, mensaje presentado con fecha 6 de septiembre de 2011.

<sup>37</sup> En la democracia directa el pueblo decide políticas públicas sin intermediarios, normalmente mediante un gobierno de asamblea. Hoy, aquellos Estados que han establecido instrumentos propios de la democracia directa, han combinado dichas formas con la existencia de representantes (véase por ejemplo los casos de Suiza, Uruguay y California, entre otros). En la democracia representativa las decisiones de política pública se generan a través de representantes electos por la ciudadanía, y normalmente se reconocen diversos derechos de participación (sufragio, petición, asociación, protesta, expresión, presentarse a cargos de elección popular, etc.). Los mecanismos de participación conducen a la existencia de un debate público deliberativo que persigue llegar a resultados inclusivos, lo que se estimula mediante normas de transparencia, el bicameralismo, la participación en la toma de decisiones (ya sea en tribunales, procedimientos administrativos o legislativos), controles constitucionales y de legalidad, la libertad de prensa, el acceso a la información pública, y la exigencia de supermayorías para aprobar ciertas materias, entre otros.



representatividad, por lo que un análisis serio se vuelve complejo y exige un estudio profundo y acabado<sup>38</sup>. En otras palabras, es posible combinar exitosamente instrumentos directos y representativos dentro de un mismo sistema político. El ejemplo del plebiscito que algunos países europeos ejecutaron para decidir si aprobaban la Constitución europea (que finalmente fracasó) es un buen caso en que consensos previos fueron sometidos de manera saludable y complementaria a las diferentes comunidades políticas. Sin embargo, para que esa combinación sea exitosa se requiere del cumplimiento de ciertas condiciones y, también, se necesita entender que el éxito de las instituciones representativas no depende necesariamente de la participación directa de la ciudadanía, aunque se relacionan.

En consecuencia, es importante separar la idea de la legitimidad de las instituciones representativas de la necesidad de establecer mecanismos de democracia directa. No es un argumento válido fundamentar dicha necesidad en los problemas de representatividad y falta de competencia política que tiene un sistema político. Ello se debe a dos razones: (a) distintos elementos se dirigen de manera más focalizada a solucionar ese problema; y (b) los instrumentos de democracia directa no corrigen los problemas de representación y competitividad de las instituciones republicanas, sino que añaden un mecanismo de participación paralelo. Ese mecanismo de participación paralelo no necesariamente debilita la democracia representativa y deliberativa, aunque es posible que, en un contexto de crisis política, se muestre como una alternativa populista atractiva que permita eludir el rol de los representantes de la nación<sup>39</sup>.

Considerando lo anterior, es preocupante la experiencia latinoamericana, donde los instrumentos de democracia directa han sido dirigidos por intereses políticos excluidos debido al fracaso del sistema representativo y del sistema de partidos políticos<sup>40</sup>.

A continuación, revisaré los problemas que se han identificado en la ejecución de instrumentos plebiscitarios. La mayoría de ellos se basan en las experiencias de diferentes Estados pertenecientes a la federación norteamericana (como California u Oregon) y otros en la experiencia de países europeos como Suiza<sup>41</sup>. En primer lugar, (1) analizaré brevemente si el plebiscito es efectivo como instrumento *oxigenador* de la política representativa. Luego, (2) revisaré la objeción por la cual el plebiscito es una herramienta favorable a la tiranía de

<sup>38</sup> Véase ALTMAN (2011) p. 2

<sup>39</sup> "La democracia directa no es necesariamente adversa a la democracia representativa, sino que bajo ciertas condiciones puede serlo. La democracia directa fungiría como un juego peligroso, particularmente cuando las otras piezas clave del andamiaje institucional no gozan de buena salud" ALTMAN (2010) p. 29.

<sup>40</sup> Véase BARCZAK (2001) y ALTMAN (2010)

<sup>41</sup> Recuérdese que en Estados Unidos no existen mecanismos de democracia directa a nivel federal, aunque 26 estados contienen la posibilidad de plebiscitar ciertas materias.

las mayorías. Enseguida, (3) me referiré al problema democrático del plebiscito, por el cual éste no es capaz de reflejar fielmente las preferencias de los ciudadanos. Después, (4) resumiré el problema de agenda (*agenda setting*) que el plebiscito genera para las autoridades representativas. En quinto lugar, (5) analizaré sintéticamente el problema de la captura de los procesos plebiscitarios por grupos de interés. Posteriormente, (6) revisaré la crítica por la cual los instrumentos de democracia directa generan normas defectuosas. Luego, (7) examinaré si las opciones que plantea el plebiscito dan o no espacio para generar decisiones *paretianas*. Enseguida, (8) expondré brevemente los efectos que el plebiscito produce en el presupuesto público.

## 1. El plebiscito como instrumento oxigenador de la política representativa

Una visión positiva del plebiscito diría que la experiencia suiza demuestra que el mismo puede operar como una herramienta útil y efectiva para que los electores participen directamente, superando el oligopolio producido por aquellos intereses comunes de dirigentes políticos (el "cartel de políticos") que van en contra de las preferencias de votantes y contribuyentes<sup>42</sup>.

Una visión negativa podría conceder el punto anterior. Sin embargo, dicha visión recordaría (como ya lo indiqué y reitero) que el instrumento plebiscitario no sería capaz de corregir los problemas de competitividad y representatividad del sistema político, sino que solo de quitarle poder a dicho "cartel". Si se cree en los beneficios de una democracia representativa, los problemas deberían corregirse fortaleciendo los mecanismos de competencia y la representatividad de la misma<sup>43</sup>. En el caso de Chile, modificando las reglas que admiten la reelección, permitiendo las primarias obligatorias, ampliando el padrón y volviéndolo más impredecible (por ejemplo, haciendo que la inscripción electoral fuera automática y que los chilenos en el extranjero puedan votar), evitando los reemplazos parlamentarios designados, prohibiendo que las alianzas electorales sólo lleven a un candidato (lo que ha sucedido en el contexto del binominal), entre otras cuestiones que podrían revisarse, constituyen medidas que atacan el problema de manera más directa. No profundizaré estos puntos en este trabajo.

## 2. El plebiscito como expresión de la tiranía de las mayorías

Grandes intelectuales como James Madison y Alexander Hamilton han sido escépticos de los mecanismos de democracia directa. La amenaza de la tiranía

<sup>42</sup> FREY (1994), COOTER (2002) pp. 145-146.

<sup>43</sup> Por lo mismo, se ha dicho que en condiciones de competitividad la democracia representativa tiende a identificar mejor las preferencias de los electores que la democracia directa. COOTER (2002) p. 145.

de las mayorías y el problema de las facciones (*faction problem*) fueron elementos que los constituyentes norteamericanos consideraron cuando diseñaron el sistema político federal norteamericano<sup>44</sup>. La preocupación por los derechos de las minorías se solucionaba distribuyendo las funciones del poder político entre diferentes instituciones<sup>45</sup>. Una consecuencia de lo anterior fue evitar la utilización de instrumentos de democracia directa y la creación de una democracia representativa (una república y no una democracia directa)<sup>46</sup>.

Actualmente, la ciencia política norteamericana ha revisado las ideas de los padres fundadores. Barbara Gamble ha sostenido que sin los mecanismos del sistema representativo la democracia directa promueve la tiranía de la mayoría, afectando derechos civiles de las minorías. Estudiando tres décadas de iniciativas y plebiscitos acerca de los problemas de vivienda, de servicios públicos para minorías raciales, segregación escolar, derechos de los *gays*, requerimiento del idioma inglés y políticas sobre el SIDA, Gamble concluye que las iniciativas plebiscitadas que restringen los derechos civiles han tenido un éxito extraordinario, aprobándose cerca de tres cuartos de los mismos<sup>47</sup>. Con lo anterior contesta con evidencia a quienes, utilizando teoría, habían indicado que la democracia directa no lesionaba a las minorías<sup>48</sup>.

Los resultados de Gamble deben ser refinados si se considera otro estudio posterior. Mediante el mismo, se ha presentado evidencia relativa a que el tamaño de una comunidad política está conectado con la manera en que las minorías son tratadas. Revisando la experiencia de algunos Estados norteamericanos en el tratamiento de las minorías sexuales, se concluye que dichas minorías reciben menos protección en comunidades más pequeñas<sup>49</sup>.

Esto no demuestra necesariamente que la democracia directa sea abusiva o tiránica, en especial cuando se considera que las propias instituciones representativas también pueden serlo. Sin embargo, sería interesante realizar un estudio similar en Chile, una comunidad política pequeña y relativamente homogénea (a diferencia de la californiana, que normalmente sirve de objeto de estudio en esta materia). La hipótesis de que las características de nuestra ciudadanía

<sup>44</sup> Véase, en especial, *El Federalista* N° 9, de Hamilton; y *El Federalista* N°s 10 y 51, ambos de Madison.

<sup>45</sup> Así nace, por ejemplo, la idea del control constitucional de las leyes. Véase GARCÍA (2003), quien documenta la manera en que los *papers* de *El Federalista* promovieron y fundaron la revisión judicial de las leyes (*judicial review*).

<sup>46</sup> Una conclusión similar es compartida por CHEMERINSKY (2007) pp. 294-297. Otro autor que ha llegado a conclusiones similares a las de Gamble, es HOESLY (2005) pp. 1209-1212. Para este último, el problema de discriminación en contra de las minorías que el plebiscito produce se vincula a la facilidad con que los grupos de interés capturan el proceso plebiscitario. Volveré sobre este punto más adelante.

<sup>47</sup> GAMBLE (1997) p. 261. Véanse varios ejemplos concretos posteriores al artículo de Gamble en CHEMERINSKY (2007).

<sup>48</sup> Por ejemplo, COOTER (2002) p. 146

<sup>49</sup> DONOVAN y BOWLER (1998) p. 1023

llevarían a tomar decisiones discriminatorias en contra de las minorías o grupos desafortunados debería ser *testeada* entre nosotros. En efecto, sería interesante saber cómo operaría un mecanismo popular de democracia directa en relación con los derechos de grupos minoritarios como indígenas, empresarios, estudiantes sin suficiente organización, personas privadas de libertad y agrupaciones religiosas, entre otros que podrían ser nombrados.

En nuestra opinión, el argumento de la tiranía de las mayorías es difícil de desecharse. Sin embargo, los efectos del mismo pueden ser parcialmente controlados si el mecanismo plebiscitario es sujeto a algún tipo de instrumento de frenos y contrapesos (*checks and balances*), cuestión que no parece sencilla. ¿Procedería, por ejemplo, el control constitucional respecto de materias aprobadas en plebiscito? Alguien podría proponer someter a control preventivo dichas cuestiones, lo que no parece completamente recomendable por la objeción de eficacia que afecta al mismo<sup>50</sup>. Por otro lado, el control represivo puede originar otro tipo de problemas asociados a altos costos de popularidad a los que se verían enfrentados los jueces.

Hay, sin embargo, otro tipo de herramientas de frenos y contrapesos que podrían ser de utilidad. Como argumenta Chemerinsky, pensando en el modelo federal norteamericano, normalmente todas las decisiones importantes involucran la participación de al menos dos poderes del Estado<sup>51</sup>. Esto mismo es aplicable al diseño constitucional chileno, por el cual se requiere la aprobación previa del Congreso para la ratificación de un tratado internacional y para declarar ciertos estados de excepción; el acuerdo del Senado para el nombramiento de determinadas autoridades (ministros de la Corte Suprema, Contralor General de la República, consejeros del Banco Central), entre muchísimos otros ejemplos que muestran la presencia de este principio de control. Para Chemerinsky, los instrumentos de democracia directa quiebran esta estructura, cuestión que comparto solo parcialmente. En efecto, el plebiscito puede ser coherente con un sistema de frenos y contrapesos siempre y cuando se esté dispuesto a tener una regulación exigente que demande (entre otras cosas) la participación de varias instituciones donde no existan intereses dominantes cruzados y, tal vez, si se está dispuesto a asumir el costo político de permitir el control de constitucionalidad represivo, cuestión que siempre traerá evidentes objeciones, y probablemente fortalecería las teorías de la deferencia que algunos autores promueven entre nosotros<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Entre otros que han detectado problemas al control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, véase a PFEFFER (1998), ALDUNATE (2005), BUCHHEISTER y SOTO (2005), ZAPATA (2008) pp. 432-448, HENRÍQUEZ (2009) pp. 63-70 y VERDUGO (2010)

<sup>51</sup> CHEMERINSKY (2007) p. 296

<sup>52</sup> Esta idea ha sido promovida fundamentalmente por Patricio Zapata, en ZAPATA (1994) pp. 6-22, ZAPATA (2002) pp. 69-93 y ZAPATA (2008) pp. 225-289.

### 3. Problema democrático del plebiscito

Este argumento se divide en las siguientes afirmaciones: (a) el plebiscito no refleja fielmente la voluntad de los electores; (b) el plebiscito no es capaz de distinguir las prioridades de los electores ni las intensidades de sus preferencias; y (c) el plebiscito reduce el *accountability* de los legisladores representativos.

Referido al primer punto (a) Chemerinsky alega que las posiciones de la mayoría de los votantes no son representadas, ya que los instrumentos de democracia directa suelen ser procesos "binarios; votas por él o en contra de él"<sup>53</sup>. Las opciones de la ciudadanía pueden no verse representadas, y tendrán que renunciar a las mismas para votar por la opción que más se asemeje a su voluntad. Esta situación se agrava si lo que se somete a plebiscito ha sido diseñado por un proceso capturado por grupos de interés, punto que profundizaré más adelante.

"Imagine que hay un tema donde las posiciones pueden ser alineadas de cero a diez; siendo cero la más extrema en una dirección, y diez la más extrema en la otra. Usualmente los que van a pagar dinero para tener una iniciativa en la boleta electoral tienden más a los extremos que a la mitad. Y lo que ellos intentarán hacer es poner una iniciativa lo más extrema posible que sea capaz de ser aprobada por la mayoría de los votantes. Y entonces, un ejemplo hipotético: aquellos que apoyan una iniciativa en un tema querrán que sea un diez, pero creen que sólo pueden obtener un ocho, así que pondrán una iniciativa ocho en la boleta electoral. Imagine que la mayoría de los electores en realidad quiere un seis en ese tema. A los electores les gustaría hacer algo al respecto. No quieren ir tan lejos con la iniciativa, pero quieren hacer algo. Bueno, tendrán una opción. Votar por la iniciativa ocho en el plebiscito, o no hacer absolutamente nada"<sup>54</sup>.

Podría decirse que este problema no es exclusivo de la democracia directa, ya que también está presente en los instrumentos propios de la representación. En efecto, en los sistemas de partidos políticos los electores suelen no encontrar candidatos ideales y deben, por lo tanto, ajustar sus preferencias a los candidatos existentes. Los costos de presentar candidaturas propias son muy altos como para superar este problema, pero hay un grupo de variables que entregan respuestas. En los procesos representativos, los acuerdos políticos son frecuentes y los sistemas electorales tienen mecanismos con diferentes objetivos de representación (de los Estados partes o de las regiones en un senado federal o nacional, de la mayoría simple en los uninominales, de la diversidad de gru-

<sup>53</sup> MUELLER (1996) p. 179, CHEMERINSKY (2007) p. 300

<sup>54</sup> CHEMERINSKY (2007) p. 300



pos pequeños en las fórmulas proporcionales, etc.). La capacidad negociadora se fortalece cuando se le entrega la toma de decisiones a órganos colegiados y se introducen mecanismos que incrementen la deliberación, como ocurre con las instituciones bicamerales, la regla de supermayorías, la existencia de comisiones, de vetos, etc.

En el ejemplo propuesto por Chemerinsky, es posible que en el proceso legislativo representativo se acuerde la adopción de una "iniciativa seis", tal como la mayoría de los electores quiere, en circunstancias que en el plebiscito probablemente las opciones sean "cero" u "ocho". En ambos habrá resultados (ocho en el plebiscito y seis en el proceso representativo), sin embargo uno de ellos estará más cerca de representar los intereses de la mayoría. Lo anterior es fruto del proceso de negociación y deliberación que los procesos representativos estimulan<sup>55</sup>.

Otro aspecto de la crítica democrática (b) ha sido desarrollado por Sherman J. Clark<sup>56</sup>. Este autor contesta el tradicional argumento de que los plebiscitos son más "democráticos" que la política representativa, debido a que permiten al pueblo expresarse de manera directa sobre puntos específicos sin las distorsiones propias de la representación<sup>57</sup>. Para Clark, los instrumentos de democracia directa no son confiables en su propósito de reflejar adecuada y significativamente la voluntad de la ciudadanía, debido a que excluyen la expresión de prioridades entre tópicos relevantes. Al presentar sólo un tema a la vez, los plebiscitos no permiten a los votantes focalizar la intensidad de sus preferencias en las materias que realmente les importan<sup>58</sup>. Con el plebiscito, se asume que todas las materias sometidas a votación son de igual importancia para todos los electores, y que todos los votos reflejan una idéntica intensidad de preferencia, cuestión que ha sido muy criticada por algunos de los teóricos más importantes de la ciencia política moderna<sup>59</sup>.

En realidad, el resultado de los instrumentos de democracia directa no es entregarle mayor poder a la ciudadanía, sino que el contrario: ellos pierden influencia en la determinación del resultado final. Lo contrario ocurre con los instrumentos representativos, que obligan a los candidatos a expresar no sólo

<sup>55</sup> Como se ha dicho "Un mayor rango de resultados abiertos a cuerpos representativos le permite elegir mejores opciones que las que el electorado puede hacer entre las limitadas alternativas que confronta". MUELLER (1996) p. 179. Este mismo autor relativiza el argumento diciendo que la alternativa democrática que produzca consensos no es necesariamente la adopción de decisiones en el parlamento, ya que la regla de mayoría simple también puede impedir que se generen consensos. El autor dice que la vía idónea para generar acuerdos es la regla de supermayoría. MUELLER (1996) pp. 187-188.

<sup>56</sup> CLARK (1998)

<sup>57</sup> Sobre las críticas a la democracia representativa, véase entre otros el ya clásico trabajo de SCHUMPETER (1942), especialmente los capítulos XXI y XXII.

<sup>58</sup> CLARK (1998) pp. 467-473

<sup>59</sup> Véase por ejemplo la crítica de James Buchanan y Gordon Tullock. BUCHANAN y TULLOCK (2004 -edición original es de 1962) pp. 121-126.

lo que los electores quieren, sino que también a priorizar lo que la ciudadanía más intensamente prefiere<sup>60</sup>.

Por último (c), se ha dicho que el plebiscito reduce el nivel de *accountability* de los representantes (legisladores)<sup>61</sup>. Los legisladores pueden ver en el plebiscito una alternativa eficaz para impulsar sus propias agendas cuando temen ser derrotados en el proceso representativo de creación de una ley. Con ello generan caminos paralelos y evitan participar en el proceso político formal, acercándose y formando alianzas con grupos de interés que no han sido electos. Por otra parte, los legisladores tienen una vía para responsabilizar a otros de las decisiones que se tomen (al pueblo)<sup>62</sup> y, al mismo tiempo, apoyar el camino de la democracia directa con un discurso populista. Lo anterior puede provocar una suerte de renuncia a regular determinadas materias sensibles<sup>63</sup>. En consecuencia, la responsabilidad de los legisladores frente a las consecuencias de los plebiscitos aparece como ambigua y confusa<sup>64</sup>.

Todo lo anterior hace más difícil que la ciudadanía distinga la verdadera función del legislador, haciendo que el control democrático a través de la información y la reelección sean instrumentos menos eficaces.

Existen diseños de plebiscitos que disminuyen la importancia de la crítica democrática, pero todos ellos implican generar algún canal deliberativo previo que no excluyen completamente las críticas planteadas por los autores recién citados<sup>65</sup>.

#### 4. El plebiscito y los problemas de agenda (*agenda setting*)

El plebiscito afecta la capacidad de los representantes electos de dirigir la agenda pública<sup>66</sup>. Esto puede ser considerado como positivo o negativo, pero es una realidad.

Quienes consideran que lo anterior es algo positivo, aseguran que el plebiscito les da el poder de definir los temas de interés público a los votantes de manera directa, cuestión que les podría parecer más democrática<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> "Al contar cabezas en la forma de un solo tema sujeto a la decisión de la mayoría, podremos aprender lo que la mayoría de la ciudadanía quiere, pero no aprendemos lo que la ciudadanía más quiere". CLARK (1998) p. 482. Sobre las ventajas de los acuerdos legislativos, CLARK (1998) pp. 456-463. Sobre las elecciones, CLARK (1998) pp. 463-467.

<sup>61</sup> Entre otros, véase a GERBER (1995) pp. 296-298.

<sup>62</sup> GERBER (1995) p. 296

<sup>63</sup> Véanse algunos ejemplos tomados de diversos estados de la federación norteamericana, en GERBER (1995) p. 297.

<sup>64</sup> GERBER (1995) p. 297

<sup>65</sup> Así, por ejemplo, Mueller propone diseñar mecanismos de supermayoría previos, para aprobar la idea de llamar a plebiscito. MUELLER (1996) p. 188

<sup>66</sup> COOTER (2002)

<sup>67</sup> FREY (1994) p. 341

Sin embargo, también podría decirse que ello debilita las instituciones representativas, profundizando los problemas existentes cuando dichas instituciones están afectadas por problemas de competitividad y legitimidad representativa. El hecho de que los representantes pierdan capacidad para fijar agenda, profundiza el problema de *accountability* al que ya me referí, ya que el nivel de responsabilidad en la gestión de los proyectos prometidos en la campaña electoral será bajo y confuso. No es la función de los representantes el impulsar el desarrollo de plebiscitos, por lo que en teoría no debería reprochárseles si no lo hacen. Sin embargo, y como ya anotamos, la existencia de instrumentos plebiscitarios provoca incentivos para que los representantes se vinculen a los mismos, renunciando a la responsabilidad por los resultados que se obtendrán.

### 5. El plebiscito y la captura de los grupos de interés

De acuerdo a un estudio de Cody Hoesly utilizando la experiencia del Estado de Oregon, los plebiscitos se han transformado en una herramienta para que grupos de interés que cuentan con grandes recursos puedan reclamar que ellos "hablan por el pueblo", al mismo tiempo que posicionan sus propias agendas de activismo<sup>68</sup>. Asociaciones intermedias poderosas tienen capacidad para provocar mayores votaciones populares que otros grupos y, también, tienen mayor potencial para capturar el proceso de redacción de preguntas. Asimismo, tienen mayores recursos para influir en la opinión pública mediante costosas campañas.

La evidencia de California demuestra que, si bien existen donantes múltiples a las causas que se ventilan a través de instrumentos de democracia directa, la mayor cantidad de dinero suele provenir de un pequeño grupo de grandes donantes<sup>69</sup>, lo que hace dudar de la capacidad del plebiscito para promover un sistema político plural y competitivo<sup>70</sup>. La organización de las donaciones de las campañas es un buen medidor de ello<sup>71</sup>.

Normalmente los procesos plebiscitarios tienen altos costos para poder iniciarse. Mientras menos costos existan, más plebiscitos podrán ser iniciados y mayores serán los grupos de interés con acceso a impulsar los mismo, lo que

<sup>68</sup> Referido a la influencia de grandes corporaciones, véase HOESLY (2005) pp. 1203-1205. Referido a la influencia de grupos de interés y la captura, HOESLY (2005) pp. 1206-1209.

<sup>69</sup> BOWLER y HANNEMAN (2006) p. 566

<sup>70</sup> Las cantidades de dinero que se invierten en campañas plebiscitarias son, en el Estado de California, tan altas que incluso superan las que se invierten en hacer lobby directo a la legislatura. COOTER (2002) p. 144.

<sup>71</sup> Las ideas discutidas mediante instrumentos de democracia directa también pueden ser clasificadas utilizando los criterios de la política tradicional (izquierda o derecha en un lenguaje simple), de acuerdo a un estudio basado en la experiencia californiana. Sin perjuicio de eso, también se ha demostrado que los procesos de campaña frecuentemente constatan una ausencia de "pluralismo balanceado", ya que en términos de donaciones, el financiamiento suele ser entregado a una de las posiciones con mucha mayor fuerza que a otra BOWLER y HANNEMAN (2006). Lo contrario sucede normalmente en elecciones competitivas para elegir representantes.

traerá problemas de otro tipo<sup>72</sup>. Mientras mayores sean los costos, menores grupos de interés podrán iniciar plebiscitos, haciendo que unos pocos tengan acceso a proponer los mismos.

Por ejemplo, si se requiere de la recolección de un cierto número de firmas, aquel grupo de interés que tenga mayor cantidad de dinero disponible para contratar personas que lleven a cabo el proceso, tendrá mayores posibilidades de impulsar un plebiscito<sup>73</sup>. Por otro lado, supóngase que solamente algunos políticos puedan impulsar el mismo, como un alcalde a nivel local o un grupo de parlamentarios. Entonces quienes tengan mayor influencia con dichas autoridades y muestren mejores capacidades de lobby (por ejemplo, contratando especialistas en lobby, organizando costosas campañas publicitarias que conquisten a los electores de dichas autoridades, o simplemente por pertenecer a un sector influyente de la elite gobernante) tendrán más posibilidades de iniciar el mecanismo de democracia directa.

Los ejemplos presentados precedentemente son una muestra de la necesidad de revisar y discutir de manera acuciosa cuáles son los efectos de las reglas que definen la operatividad del instrumento plebiscitario que se pretende aprobar. No se trata de un debate fácil, ya que todos los diseños abren algún espacio de captura y todas las reglas probablemente implican algún costo. Es cierto, no obstante, que hay medidas de transparencia que podrían relativizar el problema, haciéndolo menos importante, pero el mismo finalmente no desaparece.

## 6. ¿Genera el plebiscito normas defectuosas?

En un argumento construido por Chemerinsky, los instrumentos de democracia directa pueden conducir a la creación de una norma mal elaborada, mal redactada y poco deseable<sup>74</sup>. Normalmente las garantías del proceso de redacción que están presentes en los procesos de discusión representativa (como la revisión de la misma por diversos especialistas de sectores políticos y técnicos diferentes), se encuentran ausentes en algunos procesos de democracia directa.

Sin embargo, esta crítica de Chemerinsky no puede extenderse a todos los casos, ya que un diseño sofisticado del proceso plebiscitario puede incluir la participación de diversos actores que colaboren. Para que eso suceda, debe asegurarse la participación de representantes y de especialistas de diversos

<sup>72</sup> Véase por ejemplo el caso de California, en el cual el sistema plebiscitario (que tiene bajos costos) ha generado un promedio de 4,26 reformas constitucionales al año. CAIN, FERREJOHN, NAJAR y WALTHER (1995) p. 266. Ello se debe probablemente a que los californianos creen que es más factible crear normas a través de plebiscitos que mediante representantes. COOTER (2002) p. 145.

<sup>73</sup> Véase CHEMERINSKY (2007) p. 298. Este punto también ha sido tratado por HOESLY (2005) pp. 1202-1203, quien da cuenta de la profesionalización que ciertos grupos de interés muestran en el proceso de recolección de firmas.

<sup>74</sup> Véase CHEMERINSKY (2007) pp. 297-299.

sectores políticos, de manera que unos se revisen a otros. No obstante lo anterior, esta exigencia disminuye las opciones de instrumentos que pueden elegirse e incrementan las oportunidades en que grupos de interés pueden capturar el proceso. Además, la presentación de proyectos acabados que han sido elaborados por técnicos disminuyen las opciones al elector y probablemente hacen más costoso para este entender realmente las consecuencias de lo que se está votando. El reducir las opciones de esta manera, sin embargo, podría tener sentido si el proyecto propuesto ha sido elaborado y consensuado de manera amplia por los representantes del pueblo, alcanzando a sectores políticos diversos.

### **7. ¿Es el plebiscito capaz de generar decisiones óptimas en un sentido paretiano (referido a la eficiencia u óptimo de Pareto<sup>75</sup>)?**

Normalmente las ideas que se plebiscitan responden a alternativas cerradas y opuestas, donde se vota por un "sí" o por un "no". Se trata de una opción "blanco o negro". En este contexto, se hace necesario que la propuesta sometida a la consideración popular sea previamente negociada y deliberada por autoridades que representen a amplios sectores políticos, ya que si ello no ocurre, las alternativas serán normalmente extremas.

En otras palabras, si las alternativas son dominadas por una mayoría simple a la que se opone un sector significativo, o si son manipuladas por algún grupo de interés que tuvo la capacidad de influencia suficiente como para capturar el proceso, entonces las ideas no consensuadas que se presenten a la votación popular darán cuenta de posiciones extremas. No habrá posibilidad de recibir los beneficios de diseñar una política pública donde haya habido negociación<sup>76</sup>.

A ello se le suman dos agravantes: en primer lugar, que normalmente en los procesos plebiscitarios los votantes individuales carecen de la información necesaria para tomar una decisión que considere todas las consecuencias de la opción<sup>77</sup>; en segundo lugar, que a veces los proyectos sometidos a votación (o

<sup>75</sup> "Una transacción superior en el sentido de Pareto es aquella que mejora la posición de al menos una persona, sin empeorar la posición de nadie (...). En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto es la unanimidad de todas las personas afectadas". POSNER (1998) p. 19. Mientras más participes del proceso político consientan en la política propuesta, más nos acercaremos al óptimo paretiano. Mientras más bajas sean las mayorías que apoyan la política propuesta, mayores costos pagarán quienes no han optado por la misma.

<sup>76</sup> En las legislaturas los representantes "frecuentemente negocian, se comprometen y redactan un único proyecto que combina diferentes materias. En contraste con ello (...)" la votación directa de materias deja pocos incentivos a la negociación o a la votación estratégica. COOTER (2002) p. 145.

<sup>77</sup> Y aun cuando posean la información necesaria, los individuos no cuentan con incentivos suficientes para invertir y asumir el costo de informarse. MUELLER (1996) p. 96. El mismo autor citado, sin embargo, luego cita evidencia contraria por la cual los votantes tienen la capacidad para entender las preguntas hechas en la convocatoria popular y que tienen la suficiente energía como para informarse y elegir opciones inteligentes. MUELLER (1996) p. 189.



las preguntas plebiscitadas) tienen niveles altos de complejidad para el votante medio<sup>78</sup>, cuestión que es, a veces, superable. Estas agravantes se fortalecen cuando se consideran otras características ya tratadas en párrafos anteriores, como el carácter binario del plebiscito.

En estas condiciones, el óptimo de Pareto será muy difícil de alcanzar, habiendo sectores amplios que se verán perjudicados. La posibilidad de que funcionarios electos de diferentes sectores negocien, cedan posiciones e intercambien votos en proyectos comunes (generando pocos perdedores), se ve opacada con el plebiscito, por lo que se generan resultados Pareto-inferiores<sup>79</sup>.

El instrumento plebiscitario normalmente impide que la eficiencia paretiana se implemente de manera efectiva porque es objeto de captura. Esta situación se puede superar si el diseño del instrumento considera en la confección de las preguntas o del proyecto la inclusión de sectores amplios, donde no exista una oposición demasiado relevante. Para ello, se requieren mecanismos de deliberación más propios de los instrumentos de la democracia representativa, como la revisión de diferentes comisiones o la exigencia de supermayorías. Ello demuestra que, si bien el obstáculo propuesto al plebiscito es vencible, la manera de hacerlo disminuye los espacios para que grupos de interés puedan capturar el proceso.

## 8. Efectos en el presupuesto que produce el plebiscito

Los instrumentos plebiscitarios suelen generar al menos dos efectos en las finanzas públicas:

En primer lugar (a), le quitan poder a las autoridades electas para definir el presupuesto público, impulsando programas que exigen recursos que compiten con el financiamiento de políticas públicas impulsadas por los representantes<sup>80</sup>. Ello podría generar presión tributaria sobre las autoridades, las que se podrían ver en la necesidad de subir los impuestos. Lo anterior resulta paradójico con la tendencia que ha mostrado la evidencia de Suiza, donde la ciudadanía, mediante los instrumentos de democracia directa, se ha mostrado contraria a reformas tributarias que los afecten<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> MUELLER (1996) p. 179.

<sup>79</sup> En palabras de James Buchanan, y aunque no se refiere directamente al plebiscito, instrumentos como dicho plebiscito generan una política de perdedores-ganadores que impide el desarrollo de decisiones colectivas beneficiosas. BUCHANAN (1982)

<sup>80</sup> Este punto ha sido desarrollado por HOESLY (2005).

<sup>81</sup> Véase el análisis de FREY (1994). Según COOTER (2002) p. 144, en aquellas partes de Suiza donde los impuestos son más bajos, hay mecanismos de participación directa, aunque también los hace estar más dispuestos a pagar dichos impuestos. En EE.UU. también hay evidencia contundente de la existencia de grupos conservadores que han utilizado la democracia directa para bajar o eliminar impuestos. Véase el libro de SMITH (1998)

En segundo lugar (b), los procesos plebiscitarios pueden generar altos costos a los sistemas políticos. Ya me referí a los programas impulsados por un proyecto aprobado en plebiscito, sino que al proceso electoral mismo. Las votaciones populares cuestan dinero, el que podría ser utilizado en vivienda, salud, educación, pago de deudas fiscales, etc. Un caso ilustrativo de que el uso reiterado de instrumentos de democracia directa puede afectar gravemente las arcas fiscales es el de California. Como reporta *The Economist*, una de las principales causas de la crisis fiscal que vive dicho estado ha sido la democracia directa, lo que incluye la revocatoria popular de autoridades (*recall*), referéndums populares para rechazar leyes y plebiscitos que permiten a la ciudadanía la dictación de normas legales o de reforma constitucional (*iniciatives*)<sup>82</sup>. La democracia del *Golden State* ha producido un verdadero caos que pocos entienden: mientras la ciudadanía quiere limitar impuestos, también impulsa programas que requieren un aumento sustancial de los gastos. Hoy, gran parte de la deuda fiscal se debe a la existencia de los instrumentos de democracia directa.

#### IV. Conclusiones

1. El plebiscito no es una herramienta que sea capaz de solucionar por sí misma los problemas actuales de competitividad y representatividad de nuestro sistema político. Incluso, el mismo tiene algunos problemas que debieran enfrentarse si se quiere insistir en la introducción de dicho mecanismo. Por ello, la demanda por someter a plebiscito las exigencias del movimiento estudiantil debe ser examinada con cuidado.

2. La discusión nacional adolece de tres problemas fundamentales: (a) salvo excepciones, carece en general del desarrollo de líneas de investigación de largo plazo que respalden las propuestas que se han presentado; (b) en general, no ha sido capaz de separar la coyuntura del debate técnico; y (c) no ha sido capaz de diferenciar los tipos de instrumentos plebiscitarios que se proponen y sobre los cuales se discute. El análisis de la experiencia extranjera es muy útil para colaborar con la discusión acerca de cuál es el mejor diseño plebiscitario. Probablemente ninguno de ellos logra escapar de todos los problemas existentes, pero hay formas de controlar algunas de las consecuencias indeseadas. La decisión final deberá tomarse considerando todos los costos asociados a las propuestas que compiten, incluyendo el no instituir el plebiscito.

Mientras se desarrolla esa discusión, sería conveniente avanzar en reformas políticas que promuevan la competencia en el acceso a las instituciones re-

<sup>82</sup> Las *iniciatives* son "proposiciones que son puestas en la boleta electoral por actores no legislativos –típicamente ciudadanos regulares o grupos de interés". GERBER (1995) p. 291

<sup>83</sup> Véase THE ECONOMIST (2011) y, en especial THE ECONOMIST (2011-A).

presentativas, cosa que ningún instrumento de democracia directa es capaz de solucionar.

3. El plebiscito tiene el potencial de transformarse en una herramienta que sirva a las agendas de grupos de interés poderosos que no han sido electos, que pueden manipular la situación capturando el proceso plebiscitario e introduciendo la necesidad de elegir entre alternativas extremas o respondiendo a preguntas evidentes. De esta manera, el plebiscito puede volverse contrario a las preferencias reales de la ciudadanía, poniéndose al servicio de intereses particulares. Todo ello puede acompañarse de consecuencias indeseadas, como una baja en el nivel de *accountability* democrático de las instituciones representativas, de resultados tendientes a ser Pareto-inferiores y de altos costos financieros para nuestra democracia.

4. Es cierto que algunos sistemas políticos modernos pertenecientes a países desarrollados utilizan instrumentos plebiscitarios. Algunos pagan altos costos por ello (como California) y otros los han incorporado dentro de su cultura cívica más profunda (como Suiza). Estas experiencias deberían iluminar la discusión chilena actual. Es posible que, dadas ciertas condiciones, y pensando en diseños institucionales adecuados, el plebiscito pueda funcionar de manera complementaria a los procesos políticos representativos y, aunque ellos no sean útiles para solucionar la crisis de la representación, sí pueden servir otros propósitos legítimos. Cualquiera sea el camino que se elija, la variable del contexto político y social actual de Chile debe tomarse en consideración, tarea que no desarrollo en este trabajo.

5. Existen diseños de plebiscitos que disminuyen la importancia de todos los problemas desarrollados. Dichos diseños sugieren generar algún canal deliberativo previo que impide eludir el rol de las instituciones representativas en la generación de acuerdos inclusivos. Por eso, el constituyente acierta cuando exige someter la demanda estudiantil a las supermayorías propias de la reforma constitucional y, eventualmente, de una ley orgánica constitucional.

## **Bibliografía**

### **1. Libros, artículos y capítulos de libros**

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

ALTMAN, David (2010) "Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados?" *Perfiles Latinoamericanos*, vol.18 N° 35: pp. 9-34 .

- ALTMAN David (2011) *Direct Democracy Worldwide* (New York, Cambridge University Press).
- BARZACK, Monica (2001) "Representation by Consultation? The Rise of Direct Democracy in Latin America", en *Latin American Politics and Society*, vol. 43 N° 3: pp. 37-59.
- BOWLER, Shaun, y HANNEMAN, Robert (2006) "Just How Pluralist is Direct Democracy? The Structure of Interest Group Participation in Ballot Proposition Elections", *Political Research Quarterly*, vol. 59 N° 4: pp. 557-568.
- BUCHANAN, James (1982) "Democracia limitada o ilimitada", en *Centro de Estudios Públicos*, N° 6: pp. 37-51.
- BUCHANAN, James, y TULLOCK, Gordon (2004 –edición original es de 1962) *The calculus of Consent* (Indianapolis, Liberty Fund) Tomo II.
- BUCHHEISTER, Axel, y SOTO, Sebastián (2005) "Criterios para la Calificación de Normas Orgánico Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 2: pp. 253-275.
- BUTLER, David, y RANNEY, Austin (1994) *Referendums around the World* (Washington, The AEI Press).
- CAIN, Bruce E., FEREJOHN, Sara, NAJAR, Margarita, WALTHER, Mary (1995) "Constitutional Change: Is it Too Easy to Amend our State Constitution?", en CAIN, Bruce E., y NOLL, Roger G. (editores) *Constitutional Reform in California* (U.S.A., Institute of Governmental Studies Press, University of California, Berkeley): pp. 265-290.
- CEA EGAÑA (2008) *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I (segunda edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CHEMERINSKY, Erwin (2007) "Challenging Direct Democracy", en *Michigan State Law Review*, vol. 2007: pp. 292-306.
- CLARK, Sherman J. (1998) "A Populist Critique of Direct Democracy", en *Harvard Law Review*, vol. 112 N° 2: pp. 434-482.
- COOTER, Robert (2002) *The Strategic Constitution* (segunda edición, New Jersey, Princeton University Press).
- CRUZ-COKE O., Carlos (2009) *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).
- DÍAZ DE VALDÉS J., José Manuel (2010) "El Descuidado Derecho a la Participación Política: ¿Qué nos puede aportar el Derecho Internacional?", en CAZOR, Kamel, y SALAS, Carolina (coord.) *Estudios Constitucionales* (Santiago, Librotecnia): pp. 83-124.
- DONOVAN, Todd, y BOWLER, Shaun (1998) "Direct Democracy and Minority Rights. An Extension", en *American Journal of Political Science*, vol.42, N° 3: pp. 1020-1024.
- FREY, Bruno (1994) "Direct Democracy. Politic-Economic Lessons from Swiss Experience", en *The American Economic Review*, vol. 84 N° 2: pp. 338-342.

GAMBLE, Barbara S. (1997) "Putting Civil Rights to a Popular Vote", en *American Journal of Political Science*, vol. 41, N° 1: pp. 245-269.

GARCÍA G., José Francisco (2003) "El Control de Constitucionalidad en El Federalista y los Fundamentos de una Sociedad Libre", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30 N° 3: pp. 491-514.

GERBER, Elisabeth R. (1995) "Reforming the California Initiative Process: A Proposal to Increase Flexibility and Legislative Accountability", en CAIN, Bruce E., y NOLL, Roger G. (editores) *Constitutional Reform in California* (U.S.A., Institute of Governmental Studies Press, University of California, Berkeley): pp. 291-311.

HAYEK A., Friedrich (1960) *The Constitution of Liberty* (Chicago, The University of Chicago Press).

HENRÍQUEZ, Miriam (2009) *Las Fuentes Formales del Derecho* (Santiago, Legal Publishing).

HOESLY, Cody (2005) "Direct Democracy. Lesson from Oregon", en *California Law Review*, vol. 93 N° 4: pp. 1191-1248.

MOLINA GUAITA, Hernán (2006) *Instituciones Políticas* (duodécima edición, Santiago, LexisNexis).

MORENO SANTANDER, Carlos (2004) *Participación Ciudadana en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente* (Santiago, LexisNexis).

MUELLER, Dennis (1996) *Constitutional Democracy* (New York, Oxford University Press).

MUELLER, Dennis (1997) *Perspectives on Public Choice* (New York, Cambridge University Press).

RÍOS, Lautaro (1985) *El Urbanismo y los Principios Fundamentales del Derecho Urbanístico* (Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas)

ROSENDE, Hugo, ENTEICHE, Nicolás (2011) "La Participación Ciudadana y el Derecho de Asociación en la Ley N° 20.500 de 2011", *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), vol. 24: pp. 85-121.

SCHUMPETER, Joseph (1942) *Capitalism, Socialism, and Democracy* (New York, Harper & Brothers Publishers).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I (segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997-A) *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV (segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SMITH, Daniel A. (1998) *Tax Crusaders and the Politics of Direct Democracy* (New York, Routledge).

SUNSTEIN, Cass (2001) *Designing Democracy. What Constitutions Do* (New York, Oxford University Press).



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

POSNER, Richard A. (1998) *El análisis económico del derecho* (México, D.F., Editorial Fondo de Cultura Económica de México).

VERDUGO M., Mario, PFEFFER U., Emilio, y NOGUEIRA A., Humberto (2002) *Derecho Constitucional*, tomo I (segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VERDUGO R., Sergio (2010) "Control preventivo y obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1: pp. 201-248.

VIVANCO M., Ángela (2004) *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VIVANCO M., Ángela (2007) *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I (segunda edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (1994) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000).

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2002) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello).

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

## 2. Columnas de opinión y editoriales

CODDOU, Alejandro (2011) *Plebiscito y Miedo a la Democracia*, 18 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/08/18/plebiscitos-y-miedo-a-la-democracia/>

CORDERO, Luis (2011) *Plebiscito y Democracia*, 15 de agosto del 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://elpost.cl/content/plebiscito-y-democracia>

EDITORIAL EL MERCURIO (2011) *El Peligro de los Plebiscitos*, 2 de septiembre de 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://blogs.elmercurio.com/editorial/2011/09/02/el-peligro-de-los-plebiscitos.asp>

EDITORIAL EL MOSTRADOR (2011) *Los Sonidos de la Calle y el Plebiscito*, 12 de agosto del 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/08/12/los-sonidos-de-la-calle-y-el-plebiscito/>

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2011) *Plebiscito y Democracia Representativa*, 31 de agosto de 2011 [Fecha de Consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: [http://www.jaime-guzman.cl/wp-content/uploads/2011/08/jyp\\_84.pdf](http://www.jaime-guzman.cl/wp-content/uploads/2011/08/jyp_84.pdf)

JKEN, Najel, LARRAÍN, Luis, y JARAQUEMADA, Jorge (2011) *Plebiscito o Democracia*, 12 de agosto del 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2011/08/12/plebiscito-o-democracia.asp>

LOVERA, Domingo (2011) *El Peligroso Plebiscito*, 17 de agosto del 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2011/08/17/el-peligroso-plebiscito/>

MANSUY, Daniel (2011) *Quiero mi Plebiscito Ahora*, 24 de agosto del 2011 [Fecha de consulta 28 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2011/08/895-388276-9-quiero-mi-plebiscito-ahora.shtml>

NAVIA, Patricio (2011) *La Letra Chica del Plebiscito*, 14 de agosto de 2011 [Fecha de Consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: [http://blog.latercera.com/blog/pnavia/entry/la\\_letra\\_chica\\_del\\_plebiscito](http://blog.latercera.com/blog/pnavia/entry/la_letra_chica_del_plebiscito)

NUÑEZ, José Ignacio (2011) *Plebiscito: un debate al estilo Romeo y Julieta*, 30 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=61>

PAPI, Mario (2011) *Democracia plebiscitaria*, 17 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2011/08/17/democracia-plebiscitaria.asp>

RIOS, Marcela (2011) *Evidencia para la discusión*, 11 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://elpost.cl/content/evidencia-para-la-discusi%C3%B3n>

ROJAS, Gonzalo (2011) *Plebiscito para Menores de Edad*, 24 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://blogs.elmercurio.com/columnasy-cartas/2011/08/24/plebiscito-para-menores-de-eda.asp>

VERDUGO M., Mario (2011) *El Conflicto Estudiantil y la Constitución*, 24 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=60>

VERDUGO R., Sergio (2011) *Los Costos del Plebiscito*, 1 de noviembre de 2011 [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2011]. Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=78&idautor=74>

WALKER, Ignacio (2011) *Democracia de Instituciones*, 17 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://blogs.elmercurio.com/columnasy-cartas/2011/08/17/democracia-de-instituciones.asp>

ZAPATA, Patricio (2011) *¿De qué hablamos cuando hablamos de plebiscito?*, 12 de agosto de 2011 [Fecha de consulta 5 de octubre de 2011]. Disponible en: [http://www.educacion2020.cl/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=155&tmpl=component&format=raw&Itemid=55](http://www.educacion2020.cl/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=155&tmpl=component&format=raw&Itemid=55)

### 3. Otros

Actas de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución

CELIS, Paulina, y MOLINA, Fernando (2007) *Los Plebiscitos Comunales y la Iniciativa Ciudadana*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

LIBERTAD Y DESARROLLO (2011) "Democracia Plebiscitaria. Una Propuesta Engañosa", en *Temas Públicos*, N° 1026.

THE ECONOMIST (2011) *The perils of extreme democracy*, 20 de abril de 2011 [Fecha de consulta 25 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://www.economist.com/node/18586520>

THE ECONOMIST (2011-A) *The people's will*, 20 de abril de 2011 [Fecha de consulta 26 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://www.economist.com/node/18563638>

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John, *The Federalist*, en COOKE, Jacob E. (1961).

# Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de Sociedades anónimas

**Juan Francisco Gutiérrez**

Licenciado en Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Master de Derecho  
Universidad de Nueva York

**Nicolás Santana Hernández**

Licenciado en Derecho  
Universidad de los Andes

**Resumen:** La función primordial de los directores de las sociedades anónimas radica en dirigir la administración del ente social. En este contexto, el ordenamiento jurídico les ha impuesto ciertos deberes a favor de la misma sociedad, de los accionistas e incluso de terceros. El trabajo expone los diversos deberes a que se encuentran sujetos los directores y analiza los mecanismos existentes para hacer efectiva la responsabilidad civil de estos, al margen de la responsabilidad de la sociedad. Para ello, se analizan la acción social y la acción individual de responsabilidad como instrumentos para lograr la indemnización de los perjuicios sufridos por las víctimas.

\*\*\*

## 1. Función de los directores y posición jurídica dentro de la sociedad anónima

La sociedad anónima es un tipo social perteneciente al género de las sociedades de capital. Ello se traduce en que "la persona del socio y las vicisitudes que ellos puedan sufrir, como la muerte, incapacidad, quiebra, etc., no tienen directa influencia jurídica en la existencia de la persona"<sup>1</sup>. Lo importante en la sociedad anónima es, al decir del artículo 1° de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)<sup>2</sup>, "la reunión de un fondo común". Además posee la calidad de anónima, por lo que "no responde a la vinculación con una persona determinada, priman-

<sup>1</sup> PUELMA (2001) p. 462.

<sup>2</sup> Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, publicada en el *Diario Oficial* el 22 de octubre de 1981.

do su abstracción monetaria derivada de la gran circulación de los titulares o propietarios de su capital<sup>3</sup>.

De esta manera, se establece en la sociedad anónima una clara distinción entre quienes aportan el capital necesario para formar el fondo común y quienes se encargan de administrar dicho capital. Ello se explica porque la sociedad anónima, sobre todo en el caso de aquellas abiertas, están configuradas como vehículos de captación de capital de parte del mercado, pero dichos fondos no necesariamente, y por lo general es así, provienen de personas con los conocimientos y experiencia necesarios para administrarlos.

Así aparece un órgano social, diverso de los aportantes del capital, encargado de velar por la recta administración del mismo. De modo tal que las funciones quedan divididas con claridad: hay ciertas personas que se encargan de aportar el capital, que son los accionistas, y otras encargadas de administrar de la mejor manera posible el mismo, que conforman el directorio. En consecuencia, la propiedad de la sociedad se encuentra separada de la administración de la misma<sup>4</sup>.

La distribución de funciones en la estructura de la sociedad anónima hace que muchas veces exista una distancia considerable entre los accionistas y la administración de la sociedad, especialmente si los primeros no tienen una influencia importante en la junta de accionistas.

La administración de la sociedad anónima está sujeta a un sistema inalterable en sus aspectos centrales. La LSA ha radicado la administración, mediante una norma que tiene carácter de orden público, en un órgano colegiado esencialmente revocable denominado directorio.

El directorio es "el órgano societario de naturaleza colegiado, que tiene a su cargo la competencia legal de administrar los negocios sociales mediante políticas y estrategias societarias, con el objeto de obtener utilidades para repartir beneficios a los accionistas, llamados dividendos"<sup>5</sup>.

El legislador ha encargado al directorio la administración de la sociedad anónima y para el ejercicio de dicha función, conforme a lo prescrito en el artículo 40 de la LSA, "el directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente, y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar ante terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como priva-

<sup>3</sup> BAEZA OVALLE (2008) p. 961.

<sup>4</sup> Sin perjuicio de los casos en que accionistas a su vez forman parte del directorio, como ocurre con cierta frecuencia, sobre todo en las sociedades anónimas cerradas.

<sup>5</sup> TORRES ZAGAL (2010) p. 259.



tivas de la junta de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos y contratos respecto de los cuales la ley exija esta circunstancia”.

El directorio tiene amplias facultades de dirección y administración de la sociedad, con la limitación de aquellas competencias que sean privativas de la junta de accionistas. Sin embargo, la administración de la sociedad no la ejerce el directorio directamente, sino que al directorio le pertenece la dirección general o superior de la sociedad. En consecuencia, “las restricciones de tiempo y de información (en comparación con los gerentes de dedicación completa) y la forma corporativa de ejercicio de su cargo conducen a que los directores tengan una función estratégica y de supervisión, pero en ningún caso ejecutiva”<sup>6</sup>.

Esta posición en la que se encuentran ubicados los directores en la estructura de la sociedad anónima lleva a cuestionarse qué responsabilidad les cabe a ellos, individualmente, en la generación de los daños que puede experimentar la sociedad, los accionistas o incluso terceros, al margen de la responsabilidad que le puede caber a la sociedad.

Para determinar cuál es la responsabilidad que individualmente se puede imputar a los directores de sociedades anónimas, se hace necesario establecer previamente cuáles son los deberes que el ordenamiento jurídico les ha impuesto en atención a la función que desempeñan dentro de la organización societaria.

## **2. Deberes de los directores y responsabilidades a que puede dar lugar su infracción**

Determinada la función que desempeñan los directores de una sociedad anónima en términos generales, corresponde analizar los diversos deberes a que se encuentran sujetos. Deberes que pueden estar establecidos a favor de la misma sociedad, los accionistas o terceros.

### **2.1. Deberes de los directores para con la sociedad**

Comúnmente la doctrina clasifica los deberes de los directores para con la sociedad en deberes de diligencia (por ejemplo: el artículo 41 de la LSA) y de lealtad (por ejemplo: artículos 44 y 148 de la LSA). La doctrina y jurisprudencia norteamericanas han sido particularmente prolíficas en la determinación del contenido de estos deberes. De esta forma el deber de diligencia impone a los directores estándares mínimos de cuidado en sus actividades de gestión y su-

<sup>6</sup> BARROS BOURIE (2006) p. 830.

pervisión social. Para determinar si se ha infringido o no el deber de diligencia, se ha creado jurisprudencialmente un parámetro denominado el "*business judgement rule*"<sup>7</sup>, que consiste en una regla en virtud de la cual el juez, si adquiere la convicción de que la decisión adoptada por el directorio se basó en razones de negocios, no puede condenar a los directores. El juez no entra a calificar la conveniencia de la decisión, toda vez que su función es juzgar aquellas decisiones que se apartan de la ley y no las malas decisiones comerciales. El deber de lealtad, por su parte, se activa cuando un director participa en un negocio o transacción que puede entrar en conflicto con los intereses de la sociedad a la que sirve. Este deber proscribe que los directores sirvan a su propio interés a expensas del interés social<sup>8</sup>.

Una de las características del deber de diligencia, y a su vez del deber de lealtad, es que no exige de los administradores el cumplimiento de una conducta específica, sino que desempeñen su cargo con la diligencia de un "ordenado empresario" como ocurre en la legislación española, o como un "buen padre de familia", como ocurre en la nuestra<sup>9</sup>. La razón de la indeterminación de la conducta debida por los directores se encuentra en la propia naturaleza de sus funciones. Establecer *ex ante* todas las conductas que los directores deben satisfacer al desempeñar su actividad en la sociedad no sólo resulta impracticable, dada la imposibilidad de prever todos los acontecimientos futuros, sino que también improcedente, pues en el futuro se pueden restringir las posibilidades de actuación de los directores en perjuicio de los accionistas. Las leyes societarias, "interpretando lo que sería la voluntad de los socios, entran a presumir cuáles serían las exigencias que, en cuanto socios, impondrán a los sujetos a quienes confían la administración de sus bienes e intereses comunes, sancionando, *ex post*, los comportamientos oportunistas o que no responden a las necesidades que han definido como esenciales para desempeñar sus cargos"<sup>10</sup>.

En nuestro país existe escasa jurisprudencia relativa a la infracción del deber de diligencia o cuidado que tienen los directores. Sólo podríamos destacar una sentencia de comienzos de la década del sesenta en la que la Corte Suprema sancionó a los directores de una sociedad anónima al considerar que una de las causas de la quiebra de dicha sociedad fue su "desconocimiento de los negocios sociales"<sup>11</sup>. Esto "no implica que los directores deberían haber sido expertos en los negocios sociales, sino que al menos deberían tener una

<sup>7</sup> BLOCK, BARTON, RADIN (1993).

<sup>8</sup> SOLOMON, SWARTZ, BAUMAN, WEISS (1994) p. 750.

<sup>9</sup> Ver sección 2.4.

<sup>10</sup> ALCALDE (2007) p. 102.

<sup>11</sup> *Izquierdo con Medina y otros* (1963): Corte Suprema, 14 de noviembre de 1963 (recurso de queja), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LX (1963), N° 9, Sección IV, p. 538. Además del desconocimiento de los negocios sociales, en la sentencia se consideraron también otros elementos para aplicar la sanción, como los retiros hechos por los directores sin justificación alguna, la falta de capital de explotación, entre otros.

mínima preocupación<sup>12</sup> en el manejo de los negocios de la sociedad que administran.

A nivel doctrinal, se ha criticado la falta de asociación de este deber con el aspecto profesional del cargo. La introducción de este elemento, se ha dicho, favorecería la interpretación judicial de este deber, pues le proporcionaría directrices relacionadas con los conocimientos técnicos mínimos que se requieren para el desempeño del cargo<sup>13</sup>.

El deber de lealtad, por otro lado, redundaría en la proscripción de todas aquellas conductas de los directores que supongan la obtención de un beneficio a expensas de la sociedad. Como se advirtió precedentemente, el deber de lealtad también está formulado en términos generales, lo que sustituye una regulación detallada de todas, las conductas prohibidas, no tan sólo por la imposibilidad de preverlas todas, sino también por la posibilidad de incurrir en errores al hacerlo<sup>14</sup>, no obstante que los accionistas definan en el estatuto una o más conductas prohibidas, además de aquellas tipificadas en la ley.

Se ha sostenido que los directores tienen un deber de "lealtad con la sociedad que resulta de la relación fiduciaria que surge por el hecho de administrar intereses ajenos. En esencia, este deber exige que el director o gerente subordine sus propios intereses a los de la sociedad cuando actúa en el ejercicio de su cargo"<sup>15</sup>.

Los directores también tienen el deber de velar por que el órgano societario del que forman parte cumpla con los acuerdos de la junta de accionistas. Este deber se explica por la función misma del directorio, que, como se dijo, consiste en dirigir la administración de la sociedad anónima.

## 2.2. Deberes de los directores para con los accionistas

Los directores tienen diversos deberes de información para con accionistas y respecto del público en general, que podríamos calificar como terceros, sobre todo tratándose de sociedades anónimas abiertas. El directorio, "como administrador de la sociedad, tiene deberes con los accionistas de mantenerlos informados, como principales interesados en la marcha y resultado de la sociedad"<sup>16</sup>. El artículo 46 de la LSA<sup>17</sup> fija de un modo general el deber del

<sup>12</sup> ZEGERS y ARTEAGA (2004) p. 250.

<sup>13</sup> LAGOS VILLAREAL, (2005) pp. 89 y 90.

<sup>14</sup> LEBOT MAJÓ (1996) pp. 91-126. Exposición de los distintos supuestos concretos que configuran una infracción al deber de lealtad.

<sup>15</sup> *Mackenna Echaurren y otras con Superintendencia de Valores y Seguros* (2005): Corte Suprema, 7 de julio de 2005 (recurso de casación en la forma y en el fondo), Base electrónica Microjuris MJj17576.

<sup>16</sup> PUELMA (2001) p. 618.

<sup>17</sup> Barros, respecto del artículo 46, sostiene que dicha "norma es comprensiva de todos los deberes

directorio de otorgar a los accionistas las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley, y en su caso la Superintendencia, determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Dentro del deber de información podemos mencionar el deber de dejar a disposición de los accionistas antecedentes tales como la memoria, balance, inventario, actas, libros y los informes de los contadores externos y, en los casos que corresponda, el de los inspectores de cuenta, conforme al artículo 54 de la LSA. No obstante lo anterior, si las tres cuartas partes de los directores en ejercicio aprueban conferirle el carácter de reservados a determinados documentos por referirse éstos a negociaciones en curso que puedan afectar el interés social, aquellos directores que concurrieron dolosa o culposamente con su voto favorable, responden solidariamente de los perjuicios que causen.

En el marco de una oferta pública de adquisición de acciones, el artículo 207 letra c) de la Ley de Mercado de Valores<sup>18</sup> también impone a los directores, esta vez en forma individual, un deber a favor de los accionistas. El deber consiste en "emitir un informe escrito con su opinión fundada acerca de la conveniencia de la oferta para los accionistas" señalando "su relación con el controlador de la sociedad y con el oferente, y el interés que pudiere tener en la operación". Es "vital que los directores de la sociedad entreguen a los accionistas su parecer respecto de la conveniencia de aceptar la oferta de adquisición, ya que son ellos en definitiva los encargados de la administración de la sociedad y los que representan de mejor forma los intereses de los accionistas. Así también es indispensable que los directores entreguen todos los antecedentes que dispongan, que vayan en beneficio de los accionistas y que aclaren cualquier conflicto de interés que tengan en la aceptación de la oferta"<sup>19</sup>.

La doctrina española ha enfocado su interés en la enumeración de los deberes que los directores están obligados a satisfacer frente a los accionistas individualmente considerados. Entre otros, se mencionan aquellos deberes que se generan como resultado del reconocimiento de ciertos derechos a favor de los accionistas, a modo de correlato. En forma meramente ilustrativa, puede citarse el deber de facilitar el ejercicio del derecho a voto en las juntas de accionistas,

---

de información que recaen sobre la sociedad anónima (...). Si del incumplimiento de cualquiera de estos deberes se sigue perjuicio para los accionistas o para terceros, hay lugar a la responsabilidad civil de la sociedad, sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas que se puedan dirigir contra los directores (...). Se trata de un típico deber de diligencia, cuyo cumplimiento debe ser controlado por el director". BARRIOS BOURIE, (2006) p. 858.

<sup>18</sup> Ley 18.045, Ley de Mercado de Valores. Publicada en el *Diario Oficial* el 22 de octubre de 1981. El precepto en cuestión fue incorporado a dicha ley en virtud de la Ley 19.705, publicada en el *Diario Oficial* el 20 de diciembre de 2000.

<sup>19</sup> Primer Informe Comisión de Hacienda, disponible en: < <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> > [fecha de consulta: 12 de julio de 2011].

el deber de pagar dividendos acordados, etc.<sup>20</sup>. Además, se ha configurado un supuesto especial de responsabilidad civil de los directores en caso de lesión de los intereses de los accionistas por intromisión ilícita en las relaciones societarias del accionista con la sociedad. La modalidad de ilicitud de la conducta del director consistirá en la infracción de deberes legales, estatutarios o inherentes a su posición orgánica que atentan contra intereses protegidos de los accionistas<sup>21</sup>.

### 2.3. Deberes de los directores para con terceros

Con anterioridad afirmamos que el deber de información no se establece exclusivamente a favor de los accionistas, sino también en beneficio de terceros, en virtud del artículo 46 de la LSA. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se debe informar de los hechos esenciales en virtud de los artículos 9 y 10 de la LMV, esto es, divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna todo los hechos o información esencial respecto de las mismas y de sus negocios al momento en el que ocurran o lleguen a su conocimiento, entendiéndose por información esencial aquella que "un hombre juicioso considera importante para sus decisiones sobre inversión". Además, se debe revelar la información de interés para el mercado que desarrolla la Norma de Carácter General N° 270 de 31 de diciembre de 2009 y la restante información que deba entregarse conforme a la Norma de Carácter General N° 30 de 10 de noviembre de 1989, y sus respectivas modificaciones, entre otras.

Por otra parte, las exigencias de la vida mercantil hacen inevitable la existencia de vínculos jurídicos de carácter contractual entre la sociedad y terceros. Sin embargo, se debe aclarar que ello no implica que dicho vínculo se extienda a los directores de la sociedad anónima contratante. Muy por el contrario, los terceros "no tienen en el ámbito contractual una relación personal con quien actúa como órgano de la sociedad"<sup>22</sup>, lo que es consecuencia lógica del principio de la relatividad de los contratos, pues las partes del mismo son la sociedad y el tercero contratante.

Desde la perspectiva extracontractual, siguiendo la denominada teoría del órgano, la sociedad siempre resulta responsable por las actuaciones de sus órganos<sup>23</sup>. Esto no significa que los directores respondan por los daños causados por la sociedad, pues para que ello ocurriera tendría que existir un deber de cuidado específico por parte de los directores a favor de terceros, cuestión que, *prima facie*, no ocurre.

<sup>20</sup> VELASCO (1995) p. 60.

<sup>21</sup> VELASCO (2001) p. 205.

<sup>22</sup> BARROS BOURIE (2006) p. 819.

<sup>23</sup> PUELMA (2001) p. 597.



Para poder ordenar el esquema de los deberes que los directores pueden tener para con terceros, parece adecuado categorizar la figura del tercero. Podemos distinguir dos tipos de terceros: los terceros que no presentan vínculo alguno con la sociedad (acreedores extracontractuales) y los terceros que sí están relacionados contractualmente con la sociedad.

En la doctrina comparada se han identificado ciertos grupos de deberes de los directores para con los terceros que resultan interesantes de analizar. Estos son: el deber de los directores de no lesionar los intereses de terceros no vinculados jurídicamente con la sociedad y el deber de no intromisión lesiva en el proceso de formación de la voluntad del tercero.

La infracción del primer deber enunciado da lugar a lo que se ha denominado "ilícitos de la empresa". Esta categoría de ilícitos se refiere a aquellos relacionados con la actividad organizada de la empresa, que pueden producir daños a la integridad física, salud o bienes de terceros, casos en los cuales se trata de un tercero específico y determinado, o bien puede tratarse de terceros indeterminados o la afectación de bienes colectivos, como ocurre con los daños al medio ambiente o los perjuicios provocados a los consumidores por productos defectuosos<sup>24</sup>.

También, para algunos, el desarrollo de la actividad empresarial genera el deber de control de riesgos inherentes a ella y el deber de evitar que se materialicen daños frente a terceros, que sería un deber en cuanto persona jurídica, pero que se extiende a los directores en cuanto administradores que actúan en su ámbito de competencia<sup>25</sup>.

Por tanto, estaríamos frente a una hipótesis de infracción de deberes de los directores para con terceros, cuando se haya producido una omisión de deberes de vigilancia e intervención de parte del director, que, de haber cumplido con dichos deberes, se hubiese evitado el daño o, al menos, disminuido la entidad del mismo.

Aclaremos de antemano que no se quiere decir que los directores son garantes frente a terceros de los defectos organizacionales o faltas funcionales de la sociedad anónima, pero tampoco se trata de "limitar la responsabilidad de los administradores a los supuestos en que contribuyó personalmente a la violación de los derechos ajenos, al menos con dolo eventual"<sup>26</sup>. El director responde civilmente cuando, en el contexto del despliegue de sus competencias de dirección del ente social, realiza un comportamiento ilícito personal que ha causado

<sup>24</sup> DE LA VEGA GARCÍA (2001) pp.1735 y ss.

<sup>25</sup> VELASCO (1995) p. 54.

<sup>26</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL (2002) p 63.

daño a un tercero. Sea que lo cause con una conducta activa u omisiva, esto último en el evento que estaba en su decisión el actuar para prevenir o, en su caso, disminuir el perjuicio ocasionado al tercero. La omisión en estos casos es valorativamente equivalente a la conducta activa<sup>27</sup>.

El segundo deber que tendrían los directores para con terceros, como señalamos, sería el deber de no intromisión lesiva en el proceso de formación de voluntad del tercero. Se refiere a la conducta del director en el proceso de toma de decisión de un tercero en la adquisición de acciones o en la celebración de operaciones o su ejecución en determinadas condiciones.

Abordaremos sólo una de las diversas circunstancias en que este deber se despliega: los casos de informaciones falsas que inciden en la libertad contractual de inversores y contratantes configurando una hipótesis de vicio de la voluntad por error. No es difícil detectar supuestos en los cuales se impone a los directores, como órgano de la sociedad, el deber de elaborar, poner a disposición o publicar determinada información a quienes están interesados en llevar a cabo determinadas operaciones con la sociedad sea como adquirentes de instrumentos financieros o como potenciales contratantes (como por ejemplo en caso de suministradores de bienes o servicios). Por tanto, lo relevante en esta situación es determinar en qué medida el proporcionar información falsa en el marco de las competencias de los administradores genera responsabilidad personal de éstos, al margen de la que pueda imputarse a la sociedad.

En la LSA el deber de información de los directores respecto de terceros está nítidamente formulado en el artículo 46, en cuya virtud el directorio deberá suministrar no sólo a los accionistas, sino que al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas respecto de su situación financiera, legal y económica que tanto la ley o la Superintendencia de Valores y Seguros determine.

#### 2.4. Infracciones a los deberes de los directores

La infracción de los deberes expuestos acarrea la posibilidad de hacer valer la responsabilidad individual de los directores de la sociedad. Aclaramos que la regulación de esta responsabilidad no es del todo orgánica ni sistemática. Por

<sup>27</sup> Particularmente ilustrativa es la sentencia del Tribunal Supremo español que condenó solidariamente a la sociedad y a dos administradores por los daños sufridos por unos menores de 10 y 12 años de edad al acceder a una mina sin ninguna señal de peligro o prohibición de entrada, ni menos con vigilancia. En este contexto, el tribunal señaló que "la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso, de las personas, tiempo y lugar para evitar perjuicio a los bienes ajenos y que conforme a la teoría del riesgo, la culpa se presume con presunción *juris tantum*, en tanto que no se demuestre que el agente obró con prudencia y diligencia, lo que aquí no ocurrió. STS 22 de enero de 2004 (R) 207).

el contrario, "existe una fragmentariedad, multiplicidad y ambigüedad en las normas que obliga a hacer un esfuerzo normativo de vasto alcance"<sup>28</sup>, lo que resulta sorprendente tratándose de un aspecto trascendental en el mercado de valores.

Lo anterior no ha constituido un óbice para que la doctrina nacional haya diseñado esquemas conforme a los cuales se brinde un sustento normativo adecuado a esta especie de responsabilidad civil, contribuyendo a su sistematización.

Así, en un esfuerzo por dotar de orden lógico las disposiciones legales relativas a la responsabilidad civil de los directores, Corral propone la agrupación de la materia en tres subsistemas. El primero de ellos, que constituiría la regla general dentro del estatuto especial de la responsabilidad de los directores, corresponde al principio de la responsabilidad subjetiva o por culpa. Así, al disponer el artículo 41 que "Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y los accionistas por sus actuaciones dolosas y culposas", estaría estableciendo, según este autor, la norma basal de todo el sistema de responsabilidad de los directores. Por tanto, la responsabilidad imputable a ellos debe ser por culpa leve, según lo prescrito en el artículo 44 del Código Civil.

El estándar de cuidado es el de aquella persona diligente que se encuentra en una posición especial, cual es la de dirigir los negocios en los que se encuentra personalmente interesado. Este estándar es objetivo, "atiende a las calificaciones intelectuales y profesionales que se pueden esperar en abstracto de quien tiene la tarea de participar en la dirección superior de una sociedad anónima"<sup>29</sup>.

Para que los directores sean responsables por contravención a lo preceptuado en el artículo 41 es menester acreditar culpa o dolo en su actuación. De actuar dos o más directores en un mismo hecho ilícito, responden solidariamente, mas la culpa de todos modos ha de ser probada por el demandante. En caso de tratarse de actos ilícitos realizados o adoptados en el marco de una sesión de directorio, la atribución de culpa recaerá en todos quienes concurren a su realización, transformándose en coautores del ilícito. Salvo que, conforme al artículo 48 inciso 4º, algún director haga constar su oposición en el acta, liberándose así de responsabilidad.

El segundo subsistema de responsabilidad de los directores correspondería, en palabras de Corral, a la responsabilidad por supuestos particulares de culpa presunta u objetiva. No son pocas las oportunidades en que la ley presume

<sup>28</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 286.

<sup>29</sup> BARROS BOURIE (2006) p. 829.

la culpa de los directores, beneficiando así la actividad probatoria de quien reclama la indemnización del daño<sup>30</sup>.

Son casos de culpa objetiva: a) Si la sociedad no llevare sus libros o registros (artículo 45 N°1 de la LSA); b) Si se reparten dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas (artículo 45 N° 2 de la LSA); c) Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones (artículo 45 N° 3 de la LSA); d) Si los directores se beneficiaran en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica a través de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad (artículo 45 inciso final de la LSA); e) Si la sociedad es disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por decisión fundada de la Superintendencia de Valores y Seguros (artículo 106 de la LSA); f) Si el directorio incumple su obligación de proporcionar a los accionistas y al público las informaciones que la ley o la Superintendencia determinen (artículo 46 de la LSA); g) Si uno o más de los directores tienen interés por sí o como representantes de otro en actos o contratos que son celebrados por la sociedad sin cumplir los requisitos exigidos en el artículo 44 de la LSA, se otorgará a la sociedad, a los accionistas o los terceros interesados, el derecho de exigir la indemnización de los perjuicios ocasionados. En los últimos dos casos, Corral afirma que no obstante carecer de una configuración a modo de presunción, parece necesario asimilarlos ella<sup>31</sup>.

Las presunciones de culpa generan una responsabilidad solidaria para todos los directores, en virtud de lo expresado en los artículos 45 inciso 1° y 106 de la LSA. Empero, la solidaridad en ciertos casos se ve limitada, y sólo se hace extensible a aquellos directores que hayan cometido la infracción a la obligación de proporcionar información a que alude el artículo 46 en caso de omisión de información y a los que concurrieron al acuerdo de repartición de dividendos habiendo pérdidas acumuladas en el caso del artículo 45 N° 2 de la LSA<sup>32</sup>.

En la mayoría de los casos, las presunciones que se han expuesto son simplemente legales, lo que se traduce en que es plenamente procedente la prueba en contrario, esto es, acreditar la diligencia. Mas lo último no será posible en ciertos casos, como por ejemplo si se reparten dividendos habiendo pérdidas acumuladas, pues en ese caso la transgresión del deber de cuidado ya se encuentra contenida en la presunción, por lo que el director que quiera salvar su responsabilidad no podrá probar el haber actuado con la diligencia necesaria, aunque podrá defenderse arguyendo que se opuso oportunamente al acuerdo.

Tampoco admiten prueba en contrario los supuestos de negociación incompatible regulados en el artículo 44 de la LSA, que configuran una concreción

<sup>30</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 289.

<sup>31</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 289.

<sup>32</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 290.

práctica del deber de lealtad, por lo que puede, como se adelantó, clasificarse dentro de la categoría de responsabilidad objetiva. Por tanto, sólo es necesario que el se haya celebrado el acto incompatible para que se indemnicen los perjuicios causados.

Otro tanto ocurre en caso de disolución de la sociedad por sentencia judicial o revocación administrativa, puesto que en estos casos no es posible probar la diligencia. Sin embargo, sí podría probarse la oposición a la decisión o decisiones del directorio que provocaron el pronunciamiento judicial que declara la disolución o el acto administrativo revocatorio, como eximente de responsabilidad.

El tercer subsistema de responsabilidad que identifica Corral consiste en la responsabilidad por infracción normativa o estatutaria<sup>33</sup>. Este régimen está consagrado en el artículo 133 inciso 1° de la LSA, que señala que "La persona que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan". Adicionalmente, en el inciso 2° del mismo artículo, se aclara que por "las personas jurídicas responderán además, civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción". Por último, en el inciso final de la disposición en comento se afirma que los "directores, gerentes, y liquidadores que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición".

La responsabilidad establecida en el artículo 133 tiene "carácter objetivo, ya que no es necesario probar culpa o dolo en el respectivo director. Basta acreditar la culpa de la sociedad en la infracción y la relación de causalidad entre ésta y el daño"<sup>34</sup>. Como excusa liberatoria, podrá probarse la falta de participación o la oposición del director a la decisión adoptada que causa la infracción, según Corral. Para Barros, "la oposición no es la única excusa aceptable. De acuerdo con las reglas generales, la responsabilidad supone que se pueda atribuir culpa o dolo individualmente a cada uno de los demandados, de modo que cada director pueda excusarse por separado, aunque haya participado en el mismo acuerdo (por ejemplo, por haber recibido de buena fe información errónea o incompleta acerca de una operación en conflicto de interés)"<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 291.

<sup>34</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 292.

<sup>35</sup> BARROS BOURIE (2006) p. 876.



### **3. Formas de hacer efectiva la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas**

#### **3.1. La acción social de responsabilidad**

##### **3.1.1. Conceptualización**

La acción social de responsabilidad se ha definido doctrinariamente, dentro del marco normativo español, como aquella que "consiste en el derecho de ejercer en juicio, por la sociedad y subsidiariamente por los accionistas y acreedores, la oportuna acción reclamando a los administradores sociales los daños directos causados en el patrimonio social"<sup>36</sup>.

La acción social de responsabilidad se explica como una contrapartida de la confianza depositada por la sociedad en las personas por ella designadas para dirigir su administración. Confianza que se traduce en un amplio margen de libertad de actuación que la ley reconoce para vincular a la sociedad frente a terceros. Así, con la acción en comento, se configura un mecanismo que obliga a los directores a responder de las consecuencias negativas que dicha amplitud de actuación pudiere acarrear a la sociedad.

Esta acción permite a la sociedad actuar contra los administradores para obtener la indemnización de los daños causados al patrimonio social como consecuencia del incumplimiento de deberes que le incumben en virtud de la ley, de los estatutos o del deber de administrar con la diligencia exigible según el estándar legal aplicable. En el supuesto que la acción social sea efectivamente ejercida, la indemnización que se consiga deberá necesariamente integrarse en el patrimonio de la sociedad, cualquiera sea el legitimado que haya provocado la declaración de responsabilidad.

En consecuencia, la acción social de responsabilidad tiene por objeto proteger el patrimonio social ante daños que experimente. Esta finalidad protectora del patrimonio de la sociedad permite comprender que la legitimación para el ejercicio de esta acción sea de carácter plural, atribuyéndose su ejercicio primeramente a la sociedad, a los accionistas, como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social y, finalmente, a terceros. En definitiva la beneficiaria de la acción social de responsabilidad es sólo y únicamente, la sociedad, por lo que sin importar quiénes de los legitimados activos la ejerzan, ésta siempre redundará en beneficio exclusivo de la sociedad, debiendo ingresar el importe que se obtenga en la propia sociedad, para paliar y reconstituir el patrimonio dañado.

<sup>36</sup> FERRÁN FARRIOL (2004) p. 3.

La parte petitoria de la demanda de indemnización de perjuicios deberá contener, por tanto, la solicitud de condena de los administradores al pago a la sociedad de la cantidad en la que se hayan evaluado y acreditado los perjuicios soportados por la sociedad.

En cuanto al daño que sufre el patrimonio social, lo más común es que se trate de un daño de carácter material, que se configuraría a través de la figura de un mayor gasto o de un menor ingreso no justificado en las cuentas de resultado de la sociedad. No obstante, en principio, nada impide que el daño pueda revestir un carácter moral<sup>37</sup>. Sin embargo, al tratarse de una acción que busca la indemnización pecuniaria de los perjuicios ocasionados por los directores, cualquier daño que se pretenda señalar como génesis de la indemnización ha de tener un reflejo económico o, en otras palabras, ser susceptible de evaluación pecuniaria. De lo contrario, es difícil que la acción prospere.

Desde en punto de vista procesal, la acción social de responsabilidad es una "acción de condena, puesto que se encamina exclusivamente a obtener una indemnización de perjuicios. No existe legitimación para deducir por esta vía acciones declarativas ni constitutivas"<sup>38</sup>.

Para explicar la legitimación de sujetos distintos de la sociedad para ejercer la acción social, los procesalistas recurren a la figura de la legitimación extraordinaria, que es aquella que se da en "situaciones donde la ley permite que la acción sea ejercitada por un tercero que no es titular del derecho material deducido en juicio como fundamento de la pretensión"<sup>39</sup>.

En el caso de nuestro país, el artículo 133 bis de la LSA legitima extraordinariamente a ciertos accionistas y a los directores para que, a través de este mecanismo, deduzcan una pretensión para exigir un derecho que la sociedad no está reclamando. Por lo tanto, en estos casos, quien interpone la acción no es el titular del derecho o interés cuya tutela se pretende, pues éste pertenecería a la sociedad.

La acción social ejercida por el tercero recibe diversas denominaciones en la doctrina. Algunos se refieren a ella como acción subrogatoria<sup>40</sup>, en cambio otros la llaman acción derivativa<sup>41</sup>, al modo norteamericano.

<sup>37</sup> GARRERA SUCH (1991) pp. 96. LORENTE CÉSAR (1994) p. 28.

<sup>38</sup> ROMERO SEQUEL y DÍAZ VILLALOBOS (2002) p. 1067.

<sup>39</sup> ROMERO SEQUEL (2006) p. 100.

<sup>40</sup> CORRAL TALCIANI (2003) pp. 293-294, CAREY (1993) pp. 213-215.

<sup>41</sup> ROMERO SEQUEL y DÍAZ VILLALOBOS (2002).

### 3.1.2. *Legitimación activa*

#### 3.1.2.1. La sociedad como legitimado activo

Parece claro que la sociedad tiene derecho a demandar la indemnización del daño sufrido a consecuencia de hechos dolosos o culposos de sus directores. El otorgamiento a la sociedad de personalidad jurídica propia, diferenciada de la de sus accionistas, hace que al ser receptora del daño también sea ésta la titular de la acción para reclamar la indemnización del mismo. El órgano competente para demandar es el directorio, pues aun cuando la ley atribuye al gerente o gerente general la representación judicial de la sociedad, es al primero a quien le corresponde la administración general o la dirección de la sociedad. De modo que es resorte del directorio adoptar la decisión de interponer la demanda de responsabilidad civil.

Lo anterior difiere de la solución legal dada en otros ordenamientos. Por de pronto, en España el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>42</sup> dispone que "la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día". Así, la titularidad de la acción social de responsabilidad corresponde en primer lugar a la propia sociedad, por mandato de la ley, pero en vez de ejercitarla directamente el órgano de administración social (debido a que es éste el demandado en su totalidad o, en alguno de sus miembros) se precisa para su ejercicio el previo acuerdo de la Junta General (de accionistas), por mayoría de los asistentes a la Junta. De esta forma, es el órgano por medio del cual los propietarios de la sociedad toman sus decisiones, el encargado de definir la interposición de la acción. El ejercicio de la acción social de responsabilidad en este caso deberá llevarse a cabo por los administradores contra los que no se dirija la acción social de responsabilidad o deberá esperarse a la designación de nuevos administradores en el caso que sean removidos en su totalidad, y no se haya tenido previsión de nombrar administradores que sustituyan los cesados en la Junta<sup>43</sup>. También podrá acordarse en la Junta en que se decide ejercer de la acción social de responsabilidad, designar a una persona concreta para que ejercite la acción social en nombre de la sociedad, mas el otorgamiento de los poderes a tal persona deberá efectuarse por el órgano de administración.

Teniendo presente la legislación comparada, en Chile se evidencia que el ejercicio de la acción social por parte de la sociedad representada por el directorio, no presenta suficientes incentivos, toda vez que son los mismos directores los

<sup>42</sup> Ley N° 1.564 sobre Sociedades Anónimas (España). Publicada el 22 de diciembre de 1989 en virtud del Real Decreto Legislativo 1564.

<sup>43</sup> VELASCO (2001) p. 172.

sujetos pasivos de la misma. Por lo demás no es poco frecuente que se generen lazos de solidaridad o afecto entre los miembros del directorio, lo que muchas veces distorsiona el interés del órgano en la búsqueda de la reparación del daño causado. Esta compleja situación dificulta que el directorio se decida por ejercer la acción social de responsabilidad.

### 3.1.2.2. Los accionistas como legitimados activos

El permitir a los accionistas ejercer la acción social de responsabilidad tiene por fin mitigar el defectuoso sistema de incentivos dispuesto por la ley para el ejercicio de la acción en cuestión por parte del directorio. De paso, se configura una excepción a la regla general en virtud de la cual el directorio es el órgano encargado de ejercer la administración general de la sociedad.

La ley 19.705 de 20 de diciembre de 2000 introdujo el artículo 133 bis a la LSA legitimando activamente a los accionistas para demandar el resarcimiento del daño social. Dicha disposición legal establece: "Toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, a su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5 % de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad.

Las costas a que hubiere lugar serán pagadas a los demandantes y no podrán, de forma alguna, beneficiar a la sociedad. Por su parte, si los accionistas o el director demandantes fueren condenados en costas, serán exclusivamente responsables de éstas.

Las acciones contempladas en este artículo son compatibles con las demás acciones establecidas en la presente ley".

Esta modificación apunta a perfeccionar los mecanismos de protección del derecho de las minorías en las sociedades anónimas estableciendo una acción derivativa. La jurisprudencia norteamericana ha definido la acción derivativa en manos de los accionistas como una demanda que se interpone a favor de la sociedad "por uno o más accionistas minoritarios para hacer valer la acción contra ejecutivos, directores y terceros"<sup>44</sup>. La acción derivativa, de este modo, está "fundada en un derecho de acción existente en la propia sociedad y es

<sup>44</sup> "By one or more minority shareholders to enforce a corporate cause of action against officers, directors, and third parties". *Kamen v. Kemper Fin. Srevs., Inc.*, 500 U.S. 90, 93. (1991). "Founded on a right action existing in the corporation itself, and in which the corporation itself is appropriate plaintiff, but allows a shareholder to step into the corporation's shoes and to seek in its right the restitution he could not demand in his own". *Daily Income Fund, Inc. v. Fox US*. 523, 528 (1984). La traducción es nuestra.

ella misma la legitimada activa, pero se le permite al accionista ponerse en los zapatos de la sociedad para perseguir la restitución que él no pudo reclamar por sí mismo”.

Romero y Díaz muestran que en el Derecho comparado para que el accionista pueda ejercer la acción derivativa, éste debe requerir previamente, de modo formal y por escrito, que el directorio adopte la decisión de ejercer la acción de responsabilidad civil tendiente a indemnizar el daño que el accionista cree que ha sufrido la sociedad. Esto se denomina “Regla del Requerimiento” (“*The Demand Rule*”) y tiene por fin proporcionarle al directorio una instancia en la que puede evaluar su actuación y, eventualmente, demandar<sup>45</sup>.

El procedimiento a que se refiere la “Regla del Requerimiento” se origina con la solicitud del o los accionistas dirigida al directorio, en donde se ha de identificar a aquellos directores cuyos actos ilícitos son la fuente del perjuicio social, los hechos constitutivos del ilícito y el daño. Posteriormente el directorio debe examinar el requerimiento y dentro de un plazo prudente responder. Con la respuesta se generarán dos posibilidades. La primera es que el directorio estime que los argumentos expuestos en el requerimiento son suficientes para demandar, y por tanto actuará en consecuencia. La segunda, consiste en que el directorio desestime el requerimiento, rechazando la alternativa de ejercer la acción social por parte de la sociedad. Podemos perfilar una tercera posibilidad, cual es, que el directorio simplemente no dé respuesta al requerimiento. En estos dos últimos casos, el o los accionistas podrían impetrar en tribunales la acción social de responsabilidad.

Sin embargo, la “Regla del Requerimiento” no ha sido incorporada legalmente a nuestro ordenamiento, por lo que no se presentan mecanismos de control *ex ante* (ni de carácter societario ni judicial<sup>46</sup>) que juzguen el mérito de la acción deducida por el accionista. El único límite está fijado por la exigencia de que el legitimado activo debe ser un accionista o grupo de accionistas que ostente al menos el 5% del capital social.

La restricción que fija la ley para que un accionista o un grupo de accionistas demande no se presenta como incentivo suficiente para que ellos ejerzan la acción social de responsabilidad. Lo anterior se debe a que “el demandante derivativo litiga en beneficio de la sociedad anónima, cualquier dinero que obtenga a título de indemnización de perjuicios y/o restitución de ganancias deberá ser entregada íntegramente a la compañía. Por esta razón, el accionista litigante solamente se beneficiará de una eventual sentencia favorable a prorrata

<sup>45</sup> ROMERO SEGUEL y DÍAZ VILLALOBOS (2002) p. 1065.

<sup>46</sup> Un ejemplo de mecanismo de control preventivo de naturaleza judicial podría ser la existencia de un examen de admisibilidad,



de su participación en el capital, compartiendo con los restantes accionistas el beneficio indirecto que significará aumentar el patrimonio de la compañía con el recupero del litigio. Sin embargo, pese a tener que repartir los beneficios de un éxito judicial entre todos los accionistas, el demandante derivativo deberá financiar en solitario todos los gastos asociados al litigio<sup>47</sup>.

Núñez y Pardow advierten que adicionalmente los accionistas que pretendan accionar en beneficio de la sociedad se enfrentan a dos obstáculos de no fácil superación. Por una parte, en la etapa probatoria del procedimiento judicial incoado en contra de uno o varios directores, es indudable la desventaja en que se encuentran los accionistas respecto de la información. El costo de transacción derivado del esfuerzo desarrollado tendiente a la obtención de pruebas puede resultar mayor que el reembolso obtenido de los gastos asociados al litigio, sólo en el evento de obtener una sentencia favorable<sup>48</sup>. Por otro lado, al estudiar las estadísticas de las condenas en costas de nuestros tribunales (que por cierto no agota todo el espectro de posibilidades, porque bien podría someterse el conflicto a arbitraje), concluyen que solamente 2 de cada 10 demandantes consiguen reembolsos de las costas del juicio, lo que constituye una cifra a todas luces marginal.

En palabras de estos autores, el accionista sólo tendrá “un incentivo para demandar cuando su porcentaje de participación accionaria supere el porcentaje que las costas representan en la suma que espera obtener como condena. El problema con ello es que la experiencia indica que un accionista con semejante porcentaje de participación deberá tener una influencia importante en el nombramiento de directores y gerentes, por lo que seguramente estará más interesado en evitar la acción derivativa que en ejercerla”<sup>49</sup>.

Lo que originalmente se ideó e incorporó como un mecanismo para potenciar la posición de los accionistas en defensa del patrimonio social no fue suficiente para provocar el efecto deseado. Por el contrario, dada la práctica de nuestros tribunales, se terminó por profundizar el desinterés de los accionistas en demandar, dejando sin corrección el desalineamiento de incentivos para impetrar la acción social de responsabilidad.

Fuera del artículo 133 bis de la LSA, el accionista no se encuentra habilitado para ejercer la acción social. En efecto, en “la actual redacción, los accionistas y terceros conservan una acción directa contra el director infractor para resarcir sus perjuicios, pero es la sociedad quien deberá demandar los propios (sin perjuicio de la acción subrogatoria establecida en el artículo 133)”<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> NÚÑEZ y PARDOW (2010) p. 244.

<sup>48</sup> NÚÑEZ y PARDOW (2010) pp. 257-258.

<sup>49</sup> PUELMA (2001) p. 608.

<sup>50</sup> AMUNÁTEGUI ECHEVERRÍA y otros (2011) p. 945.

En la doctrina nacional se ha intentado dar solución al problema que se suscita en caso que la mayoría de los accionistas decida abstenerse del ejercicio de la acción social en circunstancias en que se configuren los presupuestos generales a que se refiere el artículo 44 de la LSA. La duda es la siguiente: ¿puede cualquier accionista ejercer la acción social en estos casos?

Para Lyon esta situación representaría un incumplimiento de las obligaciones del contrato de sociedad "por parte de los socios mayoritarios que, por lo mismo, estarían usando sus estipulaciones y concretamente el principio mayoritario con el objeto de dejar en la impunidad la conducta indebida de los administradores de la sociedad, lo que haría que el incumplimiento de los accionistas que hubieren votado impidiendo a la sociedad accionar en contra de los administradores consumare el perjuicio a la sociedad y, por ende, serían esos accionistas los que tendrían que pagar el daño causado"<sup>51</sup>.

Su postura se funda en que la exigencia que establece el artículo 133 bis relativa al porcentaje necesario de acciones para que el accionista demande no puede interpretarse como una negación de la acción para quien o quienes detenten menos de la propiedad legalmente requerida, pues "haría que el texto del artículo 133 bis (...) fuere contrario a las normas constitucionales que garantizan el derecho de dominio, por cuanto perturbaría el derecho de propiedad de los accionistas sobre sus derechos personales derivados del contrato de sociedad, al obligarlos a juntarse con otros accionistas hasta reunir, por lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad, para interponer una acción que, antes de la dictación de esa ley [Ley N° 19.705, de 20 de diciembre de 2000], podían interponer solos"<sup>52</sup>.

En consecuencia, para Lyon el ejercicio del voto con abuso del principio mayoritario que impide el resarcimiento del daño sufrido por la sociedad bastaría para legitimar al accionista minoritario para ejercer la acción social de responsabilidad, con prescindencia del porcentaje de acciones que tenga.

Alcalde, en tanto, sin ignorar que constituye un ilícito ejercer el principio mayoritario a costa del interés social, sostiene que "en situaciones como la examinada, si bien es posible impugnar el acuerdo de la mayoría por el cual se perjudica a la sociedad a través de la privación del derecho a ser indemnizada, creemos que ello no autoriza para que los accionistas puedan ejercer, a nombre y en beneficio de la sociedad, las acciones judiciales de que ésta fuere titular. Lo anterior no impide, ciertamente, que los accionistas puedan dirigirse contra los administradores o el controlador impugnando el acuerdo o reclamando la indemnización de perjuicios que para ellos se irroga a consecuencia de que la

<sup>51</sup> LYON PUELMA (2002) p. 67.

<sup>52</sup> LYON PUELMA (2002) p. 67.

sociedad no haya ejercitado sus acciones (acción individual), pero claramente constituye un tema distinto<sup>53</sup>.

Esta conclusión fluye del tenor del artículo 133 bis de la LSA, que al no conceder legitimación a todo accionista, sino a un accionista (o accionistas) cualificado, no correspondería deducir que aquellos que no cumplan con el requisito exigido en la ley puedan accionar. Además, Alcalde sostiene que su interpretación no conlleva la privación del derecho de propiedad del accionista minoritario, por dos razones. Primero, porque dicha interpretación "deja plenamente a salvo su facultad para reclamar la indemnización por los perjuicios que en tal carácter hayan podido experimentar, conforme al artículo 44 de la LSA (acción individual)"<sup>54</sup>. En segundo lugar, debido a que no es efectivo que otrora la ley permitía interponer la acción derivativa a cualquier accionista, antes bien, la inclusión de la acción social o acción derivativa del artículo 133 bis se explica precisamente por lo contrario, por no haber estado permitida en la legislación anterior.

Compartimos la interpretación de Alcalde. En el marco del artículo 44 de la LSA el accionista no se encuentra habilitado para deducir una pretensión indemnizatoria que en rigor le corresponde a la sociedad. Lo que no obsta a que el accionista puede interponer una acción buscando la reparación del daño causado a su patrimonio (acción individual), ni a que pueda interponer la acción social del artículo 133 bis cuando se cumplan los supuestos contemplados en la norma.

### 3.1.2.3. Los directores como legitimados activos

Previo a la Ley 19.705 la calidad de director no facultaba para interponer la acción social de responsabilidad. Principalmente porque, como se señaló, a quien le corresponde la representación judicial de la sociedad es al directorio, como órgano colegiado de administración, no al director individualmente considerado.

Se puede percibir una leve tendencia a independizar la función del director, estableciendo excepciones a lo expresado en el artículo 39 de la LSA. Dicho precepto dispone que "las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida". En consecuencia "los acuerdos del directorio sólo tiene valor si se toman en una sesión de éste, debidamente citada, celebrada en el lugar y fecha y hora que corresponda, con los quórum de asistencia para tomar acuerdos requeridos, pasada y firmada en el correspondiente libro de actas"<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> ALCALDE (2007) p. 124.

<sup>54</sup> ALCALDE (2007) p. 125.

<sup>55</sup> PUELMA (2001) p. 608.

En caso que quien ejerza la acción social de responsabilidad sea uno de los directores, se rompe el paradigma del ejercicio colectivo de las funciones de los directores, instalando un nuevo modo de ejercer las funciones de director, esto es, como sujeto individualmente considerado al margen de las sesiones de directorio. Cabe recordar que el artículo 133 bis no es la única disposición que concede mayor independencia al director respecto del directorio, pues algo similar se puede apreciar en el artículo 207 letra c) de la LMV. De este modo, no tan sólo la LSA, sino que también la LMV incorpora la individualización de funciones del director.

El fundamento de brindar legitimación activa a los directores individualmente considerados para deducir la acción de responsabilidad social se encuentra en el artículo 39 de la LSA. Puede interpretarse que dicha disposición establece un deber primario del director para con la sociedad, y es en el cumplimiento de ese deber que el director puede, defendiendo el interés social, impetrar la acción social de responsabilidad.

Además creemos que el director se encuentra en una posición de privilegio para detectar las eventuales actuaciones lesivas del patrimonio social que realicen sus propios compañeros del directorio, lo que puede redundar en una mayor eficacia en el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Sin embargo, nuevamente existe la peligrosa posibilidad que una solidaridad mal entendida entre directores lleve a frustrar la intención del establecimiento de este mecanismo de protección del patrimonio de la sociedad.

#### 3.1.2.4. Los terceros como legitimados activos

La figura del tercero como legitimado activo de la acción social de responsabilidad sin duda comprende a los acreedores de la sociedad.

En Chile no existe una disposición que en forma general otorgue acción subrogatoria al modo del artículo 1166 del Código Civil francés. La doctrina nacional dista de ser pacífica respecto a la procedencia general de la referida acción. Para algunos, "solo [se] admite la acción oblicua en los casos taxativamente señalados por la ley"<sup>56</sup>, debido a su carácter excepcional<sup>57</sup>. En cambio, para otros autores, la acción subrogatoria opera en forma general, en virtud de los artículos 2465 y 2466 del Código Civil<sup>58</sup>.

Para quienes postulan que la acción subrogatoria requiere texto expreso no parece existir legitimación activa para los acreedores en el artículo 44 ni en el

<sup>56</sup> ALESSANDRI R. y otros (2004) p. 195.

<sup>57</sup> FUEYO (2004) p. 529.

<sup>58</sup> CLARO SOLAR (1979) p. 582.

133 bis de la LSA, pues dichas disposiciones legales son claras en orden a identificar quiénes pueden ser justa parte en el litigio en el que se busca perseguir la responsabilidad civil de los directores, excluyendo a los terceros<sup>59</sup>. En tanto, para quienes adhieren a la segunda opinión, la acción subrogatoria procedería en forma general.

En España, de la misma forma en que sucede con los accionistas, la ley permite a los acreedores de la sociedad ejercitar, en nombre propio pero por cuenta de la sociedad, la acción de responsabilidad, con el fin de defender el interés social, cuando la propia sociedad o los accionistas no lo hayan hecho previamente.

En concreto, el apartado 5° del artículo 134 de la LSA<sup>60</sup> señala "Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos".

Se trata, por tanto, de un tercero específico, los acreedores de la sociedad. Ahora bien, Calbacho Losada sostiene que "el daño que sirve de presupuesto para la acción ejercida por los acreedores aparece cualificado por la necesidad de que el perjuicio haya dejado a la sociedad en situación de insuficiencia de patrimonio social para atender los créditos, cosa que no sucede con la acción ejercitada por la sociedad o por los accionistas"<sup>61</sup>. Podría suceder que tanto la sociedad como los accionistas (la ley española no concede legitimación a los directores) se encuentren legitimados para el ejercicio de la acción, mientras que los acreedores no, en todas aquellas situaciones en que el daño social no se trasunte en una insuficiencia patrimonial definitiva que impida al tercero el cobro de su crédito.

Al momento en que la sociedad experimenta una disminución patrimonial como consecuencia de una gestión deficiente de los directores, generalmente los accionistas sufrirán, indirectamente, un perjuicio proporcional a su participación en el capital, dejando en evidencia el interés del accionista en que el patrimonio social se mantenga indemne. No ocurre lo mismo en el caso del acreedor, pues su interés estriba en que el patrimonio social sea el suficiente para hacer frente a los créditos.

La ley española fija tres requisitos copulativos para que terceros puedan ejercitar la acción social de responsabilidad contra los directores, a saber: i) la condición de acreedor, ii) la imposibilidad de cobrar el crédito por insuficiencia del

<sup>59</sup> Sin embargo, conforme a esta postura, podría entenderse que el acreedor de la sociedad podría subrogarse en aquellas circunstancias expresamente consagradas por la ley.

<sup>60</sup> Ley N° 1.564 de 1989 sobre Sociedades Anónimas (España).

<sup>61</sup> CALBACHO LOSADA (1999) p. 289.



patrimonio social y iii) la falta del ejercicio previo de la acción por la sociedad o por los accionistas.

En cuanto al primer requisito, como la acción no busca directamente el cobro del crédito, se permite que el acreedor ejercite la acción antes que su crédito se encuentre vencido y sea líquido, puesto que la acción puede interponerse pretendiendo evitar que al momento del vencimiento del crédito la sociedad no se encuentre en situación patrimonial de atenderlo, sin que sea necesario que la insolvencia sea declarada judicialmente<sup>62</sup>.

Resulta importante determinar qué se entiende, para los efectos del segundo requisito, por insuficiencia patrimonial. Algunos autores españoles, como Martínez-Pereda, sostienen que la insolvencia no constituye un requisito para el ejercicio de la acción por parte de los acreedores, sino que hace falta la insuficiencia del patrimonio de la sociedad<sup>63</sup>. Esta distinción entre insuficiencia patrimonial e insolvencia viene dada por el carácter definitivo de la primera, que impide que el acreedor pueda cobrar el crédito, al menos parcialmente.

Respecto del tercer requisito, esto es, la falta de ejercicio de la acción social por la sociedad o los accionistas, implica una hipótesis de acción subrogatoria. El acreedor se subroga en la posición de la sociedad o de los socios, en caso que ninguno de ellos interponga la acción. Si la acción fue ya deducida por la sociedad o los accionistas, la reintegración del patrimonio social, en caso de otorgarse el *petitum* de la acción, habría tenido lugar.

## 3.2 La acción individual de responsabilidad

### 3.2.1. Conceptualización

La acción individual de responsabilidad está orientada a que se reintegre el patrimonio del accionista particular o del tercero demandante, según su caso. De este modo, no es posible para el tercero ni para el accionista reclamar por esta vía el perjuicio que indirectamente pueda haber sufrido su patrimonio, como resultado de tener un porcentaje del patrimonio (en cuanto accionista).

El daño directo es un presupuesto insoslayable para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los directores, que "determina la legitimación primaria del perjudicado"<sup>64</sup>, no obstante aquel que resulte como reflejo del daño en el patrimonio social. Por daño directo nos referimos aquí a aquel que se produce con autonomía respecto del daño causado en el patrimonio social.

<sup>62</sup> NEILA NEILA (1989) p. 509.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ-PEREDA Y RODRÍGUEZ (1991) p. 491

<sup>64</sup> VELASCO (2001) p. 182.

Hay casos en que no cabe duda de la identificación de un daño diverso del social, como por ejemplo la no satisfacción de una prestación de contenido económico que debe la sociedad a un accionista o tercero, mediando culpa o dolo de uno o más directores. En ese caso el patrimonio social no experimenta daño alguno, por el contrario, se beneficia, no obstante existen de por medio actos ilícitos imputables a los directores. Pero sin duda existen situaciones más problemáticas, como podría ser el caso en que en virtud de balances falsos se permita la distribución de beneficios ficticios, o sirva de base para colocar un aumento de capital suscrito en parte por socios y en parte por terceros<sup>65</sup>.

De esta forma, se permite penetrar, en determinados casos, el esquema formal que proporciona el concepto de persona jurídica y que muchas veces genera el efecto de blindar a los directores frente a los accionistas y terceros, cuando aquellos actúan en el ejercicio de sus funciones orgánicas<sup>66</sup>.

Subyace bajo la inserción de la acción individual de responsabilidad civil contra los directores de sociedades anónimas, una tendencia a hacer más eficaz el sistema de responsabilidad de los directores, poniendo el foco de atención también en la tutela de intereses de los accionistas individualmente considerados y de terceros, y no exclusivamente en aquellos intereses la sociedad.

Todo lo anterior necesariamente debe entenderse en su justa medida. No se busca desvirtuar los elementos basales que conforman la estructura de la sociedad anónima, como el de la personalidad jurídica, responsabilidad exclusivamente por deudas sociales, etc. No todo daño experimentado por la sociedad es reconducible a la responsabilidad civil de sus directores, pero ciertamente los directores no cuentan con una protección a todo evento, carecen de inmunidad.

Conceptualizadas ya la acción social y la acción individual de responsabilidad, podemos establecer ciertas diferencias. La finalidad de ambas es claramente diversa. Mientras la primera busca lograr que se condene a los directores a indemnizar el daño causado a la sociedad, la segunda pretende resarcir el daño propio sufrido por el accionista o por el tercero. Se aprecia así que el origen de ambas acciones difiere en cuanto al patrimonio que es objeto del daño.

Siempre se habrá de considerar el tipo de actuación desplegada por el director para determinar qué tipo de acción ejercer. Procederá deducir la acción social de responsabilidad en aquellas situaciones en las que el deber infringido por el director "integre el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad esté atribuida a la sociedad, en tanto que el ejercicio de la acción individual

<sup>65</sup> VELASCO (2001) p. 175.

<sup>66</sup> VELASCO (2001) p. 182.

sólo tendrá lugar cuando el deber infringido integra la relación obligatoria cuya titularidad se atribuye individualmente a cada uno de los accionistas o a los terceros<sup>67</sup>.

### 3.2.2. Titularidad de la acción

#### 3.2.2.1. El accionista como legitimado activo

Existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que hacen responsables a los directores frente a los accionistas. Una de ellas es el artículo 133 de la LSA, puesto que deliberadamente el legislador optó por valerse de la frase "ocasionando daño a otro" con el objeto de abrir el espectro de sujetos que puedan demandar la indemnización de perjuicios. Misma técnica legislativa ha sido empleada en el artículo 55 de la LMV, que dispone que la "persona que infrinja las disposiciones contenidas en la presente ley, sus normas complementarias o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de los perjuicios", sin restringir quiénes pueden ser víctimas de tales perjuicios. Son dichas formulaciones genéricas las que legitiman activamente al accionista para demandar la responsabilidad civil de los directores.

Es necesario precisar que en ambos casos es imprescindible que para que las infracciones a que se refieren las disposiciones señaladas generen responsabilidad civil para los directores, el daño experimentado por ese "otro" sea efectivamente aquel que la norma busca evitar. De esta forma, "no podrá un tercero invocar en su favor la infracción de una norma que tiene por fin inequívoco la protección de la sociedad o de los accionistas"<sup>68</sup>, ni podrá hacerlo el accionista respecto de un precepto que claramente se establece con el objeto de tutelar a la sociedad.

Además del artículo 133 de la LSA, el artículo 41 del mismo cuerpo normativo afirma que los directores "responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culposas". Como se señaló, esta norma define con claridad los legitimados activamente para ejercer la acción individual en el supuesto de infracción del deber de diligencia.

En virtud del artículo 44 de la LSA, el accionista también es titular de una acción indemnizatoria cuando a consecuencia de la infracción del mismo sufre un perjuicio. Para que la acción tenga éxito, será menester probar, además de los requisitos generales exigidos por dicha disposición, el daño experimentado en su patrimonio en razón de la inobservancia de este precepto legal.

<sup>67</sup> COLBACHO LOSADA (1999) p. 290.

<sup>68</sup> BARROS BOURIE (2006) p. 821.

El artículo 45 de la LSA hace presumir la culpabilidad de los directores, haciéndolos responsables solidariamente de los perjuicios que ocasionen a los accionistas en los casos que se enumeran.

Por su parte, el incumplimiento del deber de información establecido en el artículo 46 de la LSA también constituye una hipótesis de acción individual.

En el ejercicio de la acción social el requisito del 5% exigido por el artículo 133 bis de la LSA para la legitimación de los accionistas puede restringir la operatividad de la acción por daños al patrimonio social que perjudica al accionista que no logra reunir el porcentaje del capital social requerido. Por ello, es frecuente que las situaciones fácticas determinen que sea más beneficioso para el accionista dirigirse directamente contra el director, evitando así demandar a la sociedad y obtener, indirectamente, una ventaja a su posición.

Pero no se trata sólo de buscar la alternativa que *a priori* reporte mayor utilidad, sino que para el éxito del ejercicio de la acción creemos que se requiere que se cumpla un presupuesto ineludible, cual es la existencia de un perjuicio directo en el patrimonio del actor.

El ejercicio de las acciones en comento es compatible con el de la acción social a que se refiere el artículo 133 bis de la LSA, pues el inciso final de esta disposición prescribe que "las acciones contempladas en este artículo son compatibles con las demás acciones establecidas en la presente ley".

En el supuesto a que se refiere el inciso final del artículo 54, también se concede una acción para solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos a consecuencia de la actuación culposa o dolosa del director al concurrir con su voto a la declaración de carácter reservado de ciertos documentos.

### 3.2.2.2. Los terceros como legitimados activos

Los terceros también pueden entablar la acción individual de responsabilidad contra los directores de la sociedad, cuando la conducta de estos infrinja un deber que se impone a los directores en interés de los terceros.

Del tenor literal del artículo 41 no se desprende que el tercero se encuentre validado normativamente como justa parte para exigir, por medio de este mecanismo, la indemnización de perjuicios. Sin embargo, si el perjuicio experimentado por el tercero tiene su origen en un acto realizado en contravención al estándar de cuidado prescrito por la referida norma, hay quienes sostienen que el tercero se encuentra facultado para ejercitar la acción individual de responsabilidad.

En efecto, para alguno se trataría solo de “una inadvertencia que debe ser suplida por el intérprete invocando el espíritu de la legislación (...) o, en último caso, la aplicación subsidiaria de las reglas generales de la responsabilidad extracontractual”<sup>69</sup>.

Otros, en cambio, sostienen que el texto del artículo 41 sólo establece la acción a favor de la sociedad o de los accionistas individualmente considerados en contra de los directores que contravienen el deber de diligencia. Este precepto “no establece la posibilidad de que terceros demanden a los directores, como sí lo establecen otras normas”<sup>70</sup>.

El artículo 133 de la LSA, como lo sostuvimos con anterioridad, otorga una apertura tal de legitimación activa, que faculta también a los terceros para demandar civilmente a los directores. En otras palabras, los terceros también quedan contenidos en la referencia a los “otros” a quienes se les ha ocasionado daño, en la medida que dicho daño sea consecuencia de una infracción de aquellas normas a que se refiere el mismo artículo y que ese daño sea directo.

Tanto el artículo 45 como el 46 de la LSA identifican al tercero como un legitimado más, junto con la sociedad y los accionistas, para requerir la indemnización de los daños causados a su patrimonio.

Asimismo, el artículo 44 de la LSA “otorga la acción de perjuicio a cualquier tercero interesado a quien la infracción de la norma le hubiere irrogado un daño (...), el tercero que intente la acción deberá acreditar las condiciones generales y específicas de este precepto que hacen procedente la acción y, en especial, la relación de causalidad entre su infracción y el perjuicio que se reclama”<sup>71</sup>.

Junto con la acción social de responsabilidad de los directores, el acreedor también es titular de la acción individual, pues es un tercero. Luego, el acreedor debe juzgar cuál de las dos acciones le es más beneficiosa. El acreedor puede ejercer la acción social, beneficiando, en caso de prosperar, directamente a la sociedad, lo que le permitiría tener seguridad respecto de la solvencia del patrimonio sobre el cual cobrará su crédito. Alternativamente, puede esperar el vencimiento de su crédito y deducir la acción personal de responsabilidad frente a los directores, pretendiendo obtener un beneficio exclusivo.

<sup>69</sup> CORRAL TALCIANI (2003) p. 279.

<sup>70</sup> AMUNÁTEGUI ECHEVERRÍA y otros (2011) p. 933.

<sup>71</sup> ALCALDE (2007) p. 125.



## 4. Conclusiones

Los directores de sociedades anónimas tienen deberes para con la propia sociedad que se materializan en los deberes de diligencia y lealtad. En tanto, respecto de los accionistas, fundamentalmente tienen un deber de información y ciertos deberes derivados del ejercicio de derechos de los cuales el accionista es titular. Respecto de los terceros los directores tienen un deber de información, además en el Derecho comparado se ha agregado el deber de no lesionar los intereses de terceros no vinculados jurídicamente con la sociedad, cuya infracción se puede traducir en un "ilícito de la empresa". Por otra parte, también se ha incorporado doctrinalmente en otros regímenes jurídicos el deber de controlar los riesgos inherentes a la actividad empresarial.

La inobservancia de estos deberes produce la responsabilidad del director infractor, que puede perseguirse a través de la acción social o individual de responsabilidad. Ambas acciones descansan en distintos supuestos y los legitimados activamente para su ejercicio difieren. Por medio de la primera se busca la restauración del patrimonio social que ha sido dañado, habilitándose para deducir la acción tanto a la sociedad, a los directores, y a los accionistas o grupos de ellos que posean el 5% de las acciones emitidas por la sociedad. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la ley no otorga expresamente una acción subrogatoria a favor de terceros, por lo que su procedencia es objeto de discrepancia para los autores. Sin embargo, cualquiera que ejerza la acción y en el supuesto que esta prospere, el beneficio será para la sociedad y no para el actor (salvo en los casos en que demande la sociedad).

Se demuestra que el ejercicio de la acción social en manos de los accionistas, al menos en Chile, es infrecuente, debido a que, por múltiples razones, los accionistas no encuentran incentivos para demandar.

Por otra parte, la acción individual de responsabilidad busca indemnizar los perjuicios experimentados en el patrimonio de quien la ejerce, no ya el patrimonio de la sociedad. Para estos casos, se concede legitimación activa para los terceros y para los accionistas, sin requerirse porcentaje alguno de las acciones.

## Bibliografía

ALESSANDRI R., AFLURO; SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio (2004): *Tratado de las obligaciones, 2ª edición ampliada y sistematizada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): p.195.

AMINÁTEGUI ECHEVERRÍA, Andrés; CARVAJAL DUHART, José Miguel; CID BOTETANO, Carlos; DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio; GODOY HALES, Eduardo; SIERRA HERRERO, Alfredo; SILVA IBÁÑEZ, Luis Fernando (2011): *Código de Comercio Comentado, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago. Abeledo Perrot) Tomo II: pp. 933-945.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007) *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflicto de intereses* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp.102-125.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2002): "La llamada acción individual contra los administradores sociales", *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº18: pp. 45-76.

BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp. 819-876.

BAEZA OVALLE, Gonzalo (2008): *Tratado de Derecho Comercial* (Santiago, Editorial LexisNexis) Tomo II: p. 961.

BLOCK, BARTON, RADIN (1993): *The Business judgement rule* (New York, Englewood Clif).

CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, T. IX, Nº 1.113 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): p. 582.

COLBACHO LOSADA, Fernando (1999): *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima* (Valencia, Tirant lo Blanch): pp.289-290.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2003): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp.286-296.

VELASCO, G. Esteban (1995): "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución", *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 15: pp. 47-78.

VELASCO, G. Esteban (2001): "La acción individual de responsabilidad", en: Rojo, Ángel (edit.), *La responsabilidad de los administradores en las sociedades mercantiles* (Valencia, Tirant lo Blanch): pp. 169-258.

DE LA VEGA GARCÍA, Fernando (2001): *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial* (Madrid, Civitas): pp. 1735 y ss.

FERRÁN FARRIOL, Josep (2004): "La Responsabilidad de los Administradores en la Administración Societaria", disponible en: < <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/accion-social-responsabilidad-art-134-lsa-211234> > [fecha de consulta: 10 de junio de 2011] p. 3.

FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento de las obligaciones*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): p. 529.

GARRETA SUCH, José María (1991): *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas): p. 96.

LAGOS VILLAREAL, Osvaldo (2005): "La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas", *Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibañez*, Nº 1, enero-marzo: pp. 86-100.

LEBOT MAJÓ, J.O. (1996): *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (Madrid, Civitas): pp.91-126.

LORENTE CÉSAR, J. (1994): *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas* (Madrid, LL& A): p. 28.

LYON PUELMA, Alberto (2002): "Conflicto de intereses en las sociedades", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, Nº 1: pp. 47-93.

MARTÍNEZ-PEREDA Y RODRÍGUEZ, José Manuel (1991): "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril: pp. 482-502.

NEILA NEILA, JOSÉ MARÍA (1989): *La nueva ley de Sociedades Anónimas. Doctrina, Jurisprudencia y Directrices comunitarias* (Madrid, Edersa): p. 509.

NÚÑEZ, David, y PARDOW, Diego (2010) "¿Por qué no demandan los accionistas?", *Revista Centro de Estudios Públicos*, Nº 118: pp. 257-258.

Primer Informe Comisión de Hacienda, disponible en: < <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> > [fecha de consulta: 12 de julio de 2011].

PUELMA ACORSI, Álvaro (2001): *Sociedades. Sociedades Anónimas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II: pp. 462-618.

ROMERO SEQUEL, Alejandro (2006): *Curso de Derecho procesal Civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): Tomo I, p. 100.

ROMERO SEQUEL, Alejandro, y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2002): "La acción de responsabilidad civil del art. 133 bis de la ley de sociedades anónimas", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIX, Nº 3: pp. 51-65.

SOLOMON, SWARTZ, BAUMAN, WEISS (1994): *Corporations* (St. Paul, Bus. Law): p. 750.

TORRES ZAGAL, Óscar (2010): *Derecho de Sociedades* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot): p. 259.

ZEGERS, Matías, y ARTEAGA, Ignacio (2004): "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los EE.UU.", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 Nº 2: pp. 239-268.

## Normas citadas

Ley Nº18. 046, sobre Sociedades Anónimas. *Diario Oficial*, 22 de octubre de 1981.

Ley Nº 1.564 sobre Sociedades Anónimas (España). Publicada el 22 de diciembre de 1989 en virtud del Real Decreto Legislativo 1564.

Ley Nº 18.045, sobre Mercado de Valores. *Diario Oficial*, 22 de octubre de 1981.

Ley Nº 19.705, establece Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPAS) y establece régimen de gobiernos corporativos. *Diario Oficial*, 29 de diciembre de 2000.

Norma de Carácter General Nº 270 de la Superintendencia de Valores y Seguros, de 31 de diciembre de 2009.

Norma de Carácter General Nº 30 de la Superintendencia de Valores y Seguros, de 10 de noviembre de 1989.

## Jurisprudencia nacional citada

### *Corte Suprema*

*Izquierdo con Medina y otros* (1963): Corte Suprema, 14 de noviembre de 1963 (recurso de queja), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LX (1963), N° 9, Sección IV, pp. 537-539.

*Mackenna Echaurren y otros con Superintendencia de Valores y Seguros* (2005): Corte Suprema, 7 de julio de 2005 (recurso de casación en la forma y en el fondo), Base electrónica Microiuris MJJ17576.

## Jurisprudencia extranjera citada

*Daily Income Fund, Inc. v. Fox US*. 523, 528 (1984).

*Kamen v. Kemper Fin. Servs., Inc.*, 500 U.S. 90, 95. (1991).

*STS 22 de enero de 2004 (RJ 207)*.





# La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas

**Federico Winter del Río**

Licenciado en Derecho  
Universidad de los Andes

**Resumen:** El trabajo expone acerca de la regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile, para luego identificar ciertas interrogantes y problemas prácticos en la aplicación de tal normativa en los procesos de otorgamiento de concesiones de energía geotérmica. Asimismo, plantea algunas propuestas de modificación a dicha regulación y otras posibles soluciones a tales problemas.

\*\*\*

## 1. La regulación sectorial de la energía geotérmica

La regulación sectorial del uso de la energía geotérmica en Chile se encuentra contenida en distintos cuerpos legales y reglamentos, dentro de los cuales se encuentran: (i) la ley número 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, del Ministerio de Minería, publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de enero del año 2000 (la "Ley")<sup>1</sup>; (ii) el decreto número 32 que aprueba el reglamento para la aplicación de la ley número 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de octubre del año 2004<sup>2</sup> (el "Reglamento"); (iii) el decreto supremo número 142, que identifica fuentes probables de energía geotérmica, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de junio del año 2000<sup>3</sup>; (iv) la resolución número 381 que resuelve apertura de registro de concesiones de energía geotérmica, del Ministerio de Minería, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de abril de 2006<sup>4</sup>; (v) el decreto número 205, que reglamenta las características del registro público que deberán llevar las radioemisoras del país para emisiones de mensajes radiales de extractos de solicitudes de con-

<sup>1</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 635.

<sup>2</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 651.

<sup>3</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 675.

<sup>4</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 685.

cesiones de energía geotérmica en sectores de difícil acceso, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial con fecha 17 de octubre de 2000 (el "Decreto 205")<sup>5</sup>; (vi) la resolución exenta número 326, que deroga resolución exenta número 660 de 2000, del Ministerio de Minería, y aprueba nuevo texto oficial del extracto de la solicitud de concesión de energía geotérmica, para los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 13 de la Ley, del Ministerio de Energía, publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de agosto del año 2010<sup>6</sup> (la "Resolución 326"); (vii) el decreto exento número 93, que delega facultades que indica en materia de procedimiento concesional geotérmico, del Ministerio de Energía, publicado en el Diario Oficial con fecha 8 de mayo de 2010; y (viii) el decreto número 131, que faculta al Ministro de Minería a firmar "por orden del Presidente de la República" en materia de concesiones de energía geotérmica, publicado en el Diario Oficial con fecha 16 de enero de 2003<sup>7</sup>.

Si bien existe diversa normativa aplicable a la energía geotérmica en Chile, en adelante nos enfocaremos básicamente en la Ley y en el Reglamento. Lo anterior, ya que –como se explicará– este documento tiene como fin describir problemas que se han detectado en el proceso de otorgamiento de una concesión de energía geotérmica ("CEG"), y tal procedimiento se encuentra contenido básicamente en aquellas dos normas.

En términos generales, la Ley se ha encargado de definir el concepto de "energía geotérmica" estableciendo los mecanismos a través de los cuales ésta puede ser explorada y explotada y, además, ha indicado los principales derechos y obligaciones que tienen aquellos que la exploran o explotan. Por su parte, el Reglamento se ha cometido a regular con más detalle los procedimientos a través de los cuales puede solicitarse una CEG y el alcance de algunas de las obligaciones y derechos de los titulares de tales concesiones.

De acuerdo a la regulación actual, la energía geotérmica es un bien del Estado que sólo puede ser explorado y explotado previo otorgamiento de una CEG<sup>8</sup>. Tales concesiones pueden tener diversas características, dependiendo de las actividades que se pretenda realizar en ellas y del área sobre la cual recaigan. En este sentido, en la Ley pueden identificarse cuatro tipos de CEG. La primera es la de exploración, la cual involucra aquellas operaciones tendientes a determinar la existencia y características del recurso geotérmico en un área determinada<sup>9</sup>. La segunda es la de explotación, que tienen por objeto la utilización y aprovecha-

<sup>5</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 689.

<sup>6</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 693.

<sup>7</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (2011), pp. 697.

<sup>8</sup> Artículo 4° de la Ley.

<sup>9</sup> Artículo 6° de la Ley.

miento del recurso geotérmico<sup>10</sup>. La tercera es la de fuente probable, es decir, aquella situada sobre áreas donde hay afloramientos espontáneos de aguas que contienen calor del interior de la tierra y el área geográfica circundante a las mismas<sup>11</sup>. Finalmente, y aunque no se encuentra expresamente indicada en la Ley, la cuarta es la de fuente no probable, que, por oposición, es aquella CEG que no abarca un área considerada como de fuente probable, ya sea de exploración o de explotación.

Por su parte, el Ministerio de Energía (el "Ministerio") puede otorgar una CEG ya sea a través de un proceso de licitación pública, o mediante la presentación de una solicitud directa de una CEG al Ministerio, sin intermediar un proceso de licitación pública<sup>12</sup>.

El otorgamiento de una CEG vía licitación pública es necesario cuando: (i) una persona natural o jurídica pide una CEG que incluye un área considerada como de fuente probable de energía geotérmica<sup>13</sup>; (ii) una persona natural o jurídica solicita una CEG y, dentro del plazo de 45 días desde la fecha de la publicación del extracto de tal solicitud en el Diario Oficial, otra persona natural o jurídica pide una concesión que se superpone a la pedida por el solicitante inicial<sup>14</sup>; o (iii) el Ministerio llama de oficio a licitación pública para una o más CEG<sup>15</sup>.

Por el contrario, el otorgamiento de una CEG puede efectuarse vía solicitud directa ante el Ministerio cuando: (i) una persona natural o jurídica pide una CEG que no incluye un área considerada como fuente probable de energía geotérmica; (ii) una persona natural o jurídica solicita una CEG y, dentro del plazo de 45 días desde la fecha de la publicación del extracto de tal solicitud en el Diario Oficial, no se presenta otra solicitud de CEG que se superpone a la pedida por el solicitante inicial; o (iii) el Ministerio no llama de oficio a licitación pública respecto de un área que fue pedida directamente por una persona natural o jurídica.

## **2. Problemáticas en torno a la regulación de la energía geotérmica**

Si bien la Ley fue publicada el 7 de enero del año 2000, la industria de la geotermia ha tenido un incipiente desarrollo en Chile. En nuestra opinión, esto se debe básicamente a la alta inversión y riesgo que implica la ejecución

<sup>10</sup> Artículo 6° de la Ley.

<sup>11</sup> Artículo 16 de la Ley.

<sup>12</sup> Artículo 10 de la Ley.

<sup>13</sup> Artículo 16 de la Ley.

<sup>14</sup> Artículo 15 de la Ley.

<sup>15</sup> Artículo 15 de la Ley.

de un proyecto de explotación de energía geotérmica y a ciertos problemas y desincentivos que presenta nuestra legislación, algunos de los cuales serán tratados en este documento.

No obstante, el hecho de que en los últimos años ha aumentado considerablemente el número de concesiones de exploración de energía geotérmica que han sido otorgadas, la realidad es que en más de 10 años de vigencia de la Ley sólo se han otorgado 6 concesiones de explotación de energía geotérmica<sup>16</sup>.

Lo anterior es preocupante, por cuanto la ley número 20.257, que introduce modificaciones a la ley general de servicios eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales, publicada en el Diario Oficial con fecha 1 de abril de 2008, estableció que "cada empresa eléctrica que efectúe retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 megawatts para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios, deberá acreditar ante la Dirección de Peajes del CDEC respectivo que una cantidad de energía equivalente al 10% de sus retiros en cada año calendario haya sido inyectada a cualquiera de dichos sistemas, por medios de generación renovables no convencionales, propios o contratados"<sup>17</sup>. De acuerdo a la misma ley, tal obligación será de un 5% para los años 2010 a 2014, aumentándose en un 0,5% anual a partir del año 2015, hasta alcanzar el año 2024 el 10% antes indicado<sup>18</sup>.

En este sentido, creemos indispensable que se vayan removiendo aquellos desincentivos que enfrenta la industria de la geotermia en Chile, de modo de fomentar el desarrollo de este tipo de energía renovable y así poder lograr las metas que ha dispuesto la ley número 20.257. En particular, deben eliminarse aquellas presentes en el proceso de otorgamiento de una CEG, pues es el punto de partida para que un interesado pueda explorar o explotar energía geotérmica.

<sup>16</sup> Tales concesiones son: i) "Rollizos", otorgada a don Samuel Santa Cruz Hudson, mediante decreto número 67, de fecha 30 de agosto de 2005, publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de septiembre de 2006; ii) "El Tatio", otorgada a Geotérmica del Norte S.A., mediante decreto número 246, de fecha 27 de diciembre de 2006, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de abril de 2007; iii) "Apacheta", otorgada a Geotérmica del Norte S.A., mediante decreto número 6, de fecha 8 de enero de 2009, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de agosto de 2009; iv) "La Torta", otorgada a Geotérmica del Norte S.A., mediante decreto número 5, de fecha 8 de enero de 2009, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de febrero de 2009; v) "San Gregorio", otorgada a GGE Chile SpA, mediante decreto número 7, de fecha 13 de enero de 2010, publicado en el Diario Oficial con fecha 17 de marzo de 2010; vi) "Laguna del Maule", otorgada a Compañía de Energía Limitada (ENERCO), mediante decreto número 34, de fecha 29 de enero de 2010, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de mayo de 2010.

<sup>17</sup> Artículo único, número 2, de la ley número 20.257, que introduce modificaciones a la ley general de servicios eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales, publicada en el Diario Oficial con fecha 1 abril de 2008.

<sup>18</sup> Artículo primero transitorio de la ley número 20.257.

A este respecto, la presente sección de este documento tiene por objeto comentar sobre ciertos problemas prácticos que se han generado o se podrían generar con motivo de la aplicación de la Ley y el Reglamento en los procedimientos de otorgamiento de una CEG, los cuales, en nuestra opinión, se han convertido o se podrían convertir en desincentivos para el desarrollo de la energía geotérmica en Chile.

Cabe hacer presente que actualmente existe un proyecto de modificación de la Ley que se encuentra en discusión en el Congreso de la República. Si bien dicho proyecto busca atender algunos de los problemas que se han manifestado en la aplicación de la Ley, creemos que no resuelve las cuestiones que en adelante se indicarán<sup>19</sup>.

## 2.1 Otorgamiento directo de una CEG por el Ministerio

### 2.1.1 Demora excesiva en el otorgamiento de las CEG

Este es el problema más evidente que se puede apreciar en el otorgamiento de una CEG. A nuestro parecer, tal demora se debe principalmente a los siguientes inconvenientes:

#### 2.1.1.1 Imposibilidad del Ministerio de cumplir los plazos establecidos en la Ley y en el Reglamento

La Ley y el Reglamento se han encargado de detallar los plazos asociados a cada una de las etapas que involucra el procedimiento de otorgamiento de una CEG, estableciendo un plazo de alrededor de siete meses para que dicho procedimiento llegue a su fin. Sin embargo, en la actualidad dichos plazos no se están cumpliendo, por cuanto el otorgamiento de una CEG tarda aproximadamente un año desde la presentación de la solicitud de una CEG hasta la dictación del respectivo decreto que la otorga. Dicha situación, además, va en contra del artículo 27 de la ley número 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de mayo de 2003 (la "Ley de Bases"), el cual señala que "salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo *no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final*".

Como en todo procedimiento administrativo, el incumplimiento de plazos acarrea consecuencias tanto para los interesados como para la Administración del Estado. Para los primeros, la no ejecución de un acto dentro de la época fijada para tal

<sup>19</sup> Boletín N° 7.162-08, ingresado al Congreso Nacional de Chile con fecha 16 de junio de 2011, el cual se encuentra en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.



evento generará que su solicitud o pretensión sea rechazada por la autoridad respectiva. Por el contrario, para la Administración del Estado, la falta de decisión sobre un asunto hace aplicable, en ciertos casos, la responsabilidad administrativa y el silencio administrativo –positivo o negativo– establecido en la Ley de Bases<sup>20</sup>.

En esta línea, si fueran los interesados quienes no cumplen los plazos previstos en la Ley y en el Reglamento, sus solicitudes habrían de ser rechazadas por incumplimiento al procedimiento legal establecido para obtener una CEG. Sin embargo, nos hemos percatado de que el Ministerio<sup>21</sup> ha otorgado CEG en procedimientos que han tardado más de un año<sup>22</sup>, lo cual permite concluir que la infracción proviene de dicho Ministerio y no de los interesados.

Cabe hacer presente que el actual proyecto de modificación de la Ley contempla reducir la duración del procedimiento de otorgamiento de las CEG básicamente acortando los plazos destinados para las actuaciones del Ministerio, las del solicitante y de quienes puedan verse afectados con motivo de la solicitud de CEG.

No obstante, y como se explicará más adelante, tal alternativa no es una solución real al problema de fondo, pues la demora en el otorgamiento de una CEG no se debe a que existan plazos más o menos amplios para determinadas actuaciones, sino a la imposibilidad del Ministerio de poder cumplir con los mismos y a la falta de mecanismos que permitan a los solicitantes de una CEG para exigir al Ministerio que éste resuelva dentro de las épocas fijadas para tal efecto en la Ley y el Reglamento.

### 2.1.1.2 Improbable aplicación del silencio positivo al procedimiento de otorgamiento de una CEG

La aplicación del silencio administrativo positivo<sup>23</sup> es una de las herramientas que tienen los interesados para que la Administración del Estado resuelva

<sup>20</sup> Artículos 10, 23, 64, 65 y 66 de la Ley de Bases.

<sup>21</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 6° de la ley N° 20.402, que crea el Ministerio de Energía, estableciendo modificaciones al Decreto Ley N° 2.224, de 1978, publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de diciembre de 2009, el Ministerio de Energía pasó a fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las normas de la Ley y de los reglamentos que se dicten, y las de los concesionarios que se estipulen en el decreto de concesión.

<sup>22</sup> Así, los decretos N° 202, 203 y 204, de fecha 7 de diciembre de 2009, del Ministerio de Minería, que otorgan las CEG “Galo”, “Santa Sonia” y “Santa Antonia” a la sociedad Hot Rock Chile S.A. De la misma forma, el decreto N° 205, de fecha 7 de diciembre de 2009, del Ministerio de Minería, que otorga la CEG “Azufre Norte 1” a la Sociedad Contractual Minera El Abra; el decreto N° 210, de fecha 7 de diciembre de 2009, del Ministerio de Minería, que otorga la CEG “Huisapi” a la Empresa Geotermia del Pacífico Servicios de Ingeniería Limitada; el decreto N° 247, de fecha 8 de octubre de 2010, del Ministerio de Energía, en el que otorga la CEG “Peucos” a la Empresa Serviland Minergy S.A., y los decretos N° 270 y N° 272, de fecha 2 de noviembre de 2010, del Ministerio de Energía, en el que se otorga la CEG “Manflas” y “Callaqui” a la Empresa Serviland Minergy S.A.

<sup>23</sup> En relación al silencio administrativo véase GÓMEZ, Marcos (2002), pp. 577-735, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004), pp. 600 y siguientes, SOTO KLOSS, Eduardo (2003), pp. 125-137.

dentro del plazo previsto en la regulación aplicable. Tal silencio se encuentra básicamente regulado en los artículos 64 a 66 de la Ley de Bases y establece que una vez transcurrido el plazo legal para que la Administración se pronuncie sobre una solicitud que haya originado un procedimiento, el interesado puede denunciar dicha infracción a la autoridad llamada a resolver sobre la solicitud. En tal evento, la autoridad deberá pronunciarse sobre la solicitud dentro de cinco días desde la recepción de la denuncia, y en caso de no hacerlo, se entenderá aceptada la solicitud del interesado.

Si bien del tenor de la Ley de Bases pareciere ser aplicable el silencio administrativo al procedimiento dispuesto para el otorgamiento de una CEG, por cuanto este también se inicia con una solicitud presentada ante un organismo que es parte de la Administración del Estado y se consideran plazos para que dicha solicitud sea resuelta, la realidad es que la Contraloría General de la República ha señalado en diversas instancias que tal silencio no resulta aplicable a todos los procedimientos que se inician con una solicitud, sino que sólo respecto de algunos. Así, por ejemplo, en materia de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas no sería aplicable el silencio administrativo, pues tal constitución de derechos se regula por un procedimiento especial y preferente establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, que fija texto del Código de Aguas (el "Código de Aguas") y las normas contenidas en la Ley de Bases son de carácter supletorio respecto de los procedimientos especiales<sup>24</sup>.

Cabe hacer presente que el procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas presenta diversas similitudes con el de otorgamiento de una CEG. Así, por ejemplo, ambos procedimientos se encuentran regulados especialmente<sup>25</sup>, se inician mediante una solicitud presentada ante la autoridad respectiva, la cual debe cumplir con determinados requisitos básicos<sup>26</sup>, un extracto de la misma debe publicarse en diarios y transmitirse por una radioemisora<sup>27</sup>, existe un plazo para que terceros puedan oponerse a la solicitud<sup>28</sup>, se consideran diversas etapas que se van desarrollando consecutivamente hasta la dictación del acto final que otorga el derecho y se contempla la posibilidad de que otros interesados soliciten un derecho respecto de lo mismo que ha pedido el solicitante original<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 37.603, de fecha 27 de julio de 2004. En el mismo sentido, Contraloría General de la República, dictamen N° 38.064, de fecha 16 de agosto de 2006.

<sup>25</sup> La constitución de derechos de aprovechamiento de aguas se encuentra regulada en el Código de Aguas. Por su parte, y como se indicó previamente, el proceso de obtención de una CEG se detalla en la Ley y en el Reglamento.

<sup>26</sup> Artículo 140 del Código de Aguas y artículo 11 de la Ley.

<sup>27</sup> Artículo 131 del Código de Aguas y artículo 13 de la Ley.

<sup>28</sup> Artículo 132 del Código de Aguas y artículo 18 de la Ley.

<sup>29</sup> Artículo 58 del Código de Aguas y artículo 15 de la Ley.

En relación a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, la Contraloría General de la República ha señalado que "Ciertamente, aplicar el silencio positivo respecto de dichos actos conduciría irremediablemente a soslayar, a través de una ficción legal, todos los requisitos estatuidos para constituir el derecho real de aprovechamiento sobre las aguas, derecho que debe nacer al mundo jurídico, originariamente, por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, incluyendo el trámite de toma de razón de la resolución respectiva, respecto del cual este Organismo Contralor tiene competencia exclusiva y excluyente de acuerdo con los artículos 87 y 88 de la Constitución Política de la República"<sup>30</sup>.

Así las cosas y teniendo en cuenta las características similares que tiene el proceso de otorgamiento de una CEG establecido en la Ley y en el Reglamento con el de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas considerado en el Código de Aguas, resulta improbable que el silencio administrativo positivo pueda ser aplicable al procedimiento contenido en la Ley y en el Reglamento.

2.1.1.3 Falta de facultades expresas del Ministerio para revisar el contenido de reclamaciones y observaciones en contra de las solicitudes de CEG y de rechazar de plano aquellas dilatorias

El artículo 18 de la Ley permite que los dueños de los terrenos superficiales, los dueños de concesiones mineras o de derechos de aprovechamiento de aguas, los titulares de derechos de exploración o de explotación de hidrocarburos líquidos o gaseosos o los titulares de derechos sobre extensiones territoriales cubiertas por las respectivas CEG, puedan, mediante la presentación de los instrumentos y antecedentes que acrediten su título, formular al Ministerio las reclamaciones y las observaciones de aquello que les cause perjuicio en relación a la solicitud de CEG.

Si bien la Ley se ha encargado de indicar quiénes son legitimados activos para formular tales observaciones y reclamaciones, el plazo para su formulación y el contenido mínimo que deben tener las mismas, no se han otorgado facultades al Ministerio para revisar el contenido de las mismas y de rechazar de plano aquellas que no cumplan con los requisitos mínimos contemplados en la Ley y en el Reglamento<sup>31</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio estaría obligado a dar traslado a las observaciones y reclamaciones de quienes no son legitimados activos para

<sup>30</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 45.191, de fecha 6 de septiembre de 2004.

<sup>31</sup> Artículo 18 de la Ley y artículo 49 del Reglamento.

formularlas y/o que no contienen los requisitos mínimos indicados en la Ley y en el Reglamento, retrasando con esto el proceso de otorgamiento de la CEG.

#### 2.1.1.4 Diversas interpretaciones respecto de la oportunidad para formular reclamos y observaciones a la solicitud de una CEG

Como se explicó, el artículo 18 de la Ley admite que dentro del plazo de 45 días corridos desde la publicación del extracto de la solicitud de CEG, ciertas personas puedan formular al Ministerio reclamaciones y observaciones de aquello que les cause perjuicio en relación a una solicitud de CEG.

No obstante, ni la Ley ni el Reglamento se han encargado de determinar desde qué momento se deben contar los referidos 45 días corridos. Lo anterior resulta particularmente relevante debido a que la Ley y el Reglamento, en los artículos 13 y 14, respectivamente, exigen a los solicitantes de una CEG publicar un extracto de sus solicitudes por una vez en el Diario Oficial el día 1° ó 15 o al día siguiente hábil del mes siguiente al cual fue presentada la solicitud en el Ministerio, por dos veces en un diario de circulación nacional y por una vez en un diario de circulación regional. En estos dos últimos casos, las publicaciones deben ser realizadas en cualquier día del mes siguiente al cual fue presentada la referida solicitud en el Ministerio.

Tal imprecisión deja libre la posibilidad para que el Ministerio pueda dar traslado a aquellas reclamaciones y observaciones presentadas dentro de 45 días corridos desde la última publicación del extracto de la solicitud de CEG en un diario, generando de esta manera la obligación para el solicitante de contestar las formulaciones y del Ministerio de resolver las mismas, dilatando más aún este procedimiento.

Es menester indicar que el mensaje presidencial con el proyecto de la Ley mantenía la misma estructura que el actual texto de la Ley. No obstante, dicho mensaje consideraba en su artículo 14 que un extracto de la solicitud de CEG debía solo ser publicado por una vez en el Diario Oficial, por lo que se entendía que el plazo de 45 días corridos antes referido se contaba desde el momento de dicha publicación<sup>32</sup>. Sin embargo, cuando el artículo 14 del proyecto de la Ley fue modificado por el Primer Informe de la Comisión de Minería, estableciendo que debían incluirse publicaciones adicionales del extracto de una solicitud de CEG en diarios de circulación nacional y regional<sup>33</sup>, nada se precisó respecto del momento en el cual debía empezar a contarse el plazo de 45 días para formular reclamaciones y observaciones<sup>34</sup>. Dicha imprecisión permaneció en el

<sup>32</sup> Historia de la Ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, pp. 15-16.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 52.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 56.

texto de la Ley, no siendo aclarada en ningún momento durante la tramitación y aprobación de la misma.

### **2.1.2 Costos que involucra solicitar una CEG y pocas garantías para el solicitante**

#### **2.1.2.1 Costos asociados a la solicitud de CEG y no preferencia**

Para el solicitante de una CEG, el proceso de otorgamiento directo implica asumir los costos de preparación de la documentación que fundamenta su solicitud junto con la de publicar un extracto de su solicitud por una vez en el Diario Oficial, por dos veces en un diario de circulación nacional y en uno de circulación regional para el área que se solicita. Además, tratándose de sectores de difícil acceso, el solicitante debe además publicar dicho extracto por medio de tres mensajes radiales que lleguen al sector de que se trate<sup>35</sup>.

Cabe hacer presente que del estudio de la historia de la Ley, es posible apreciar que inicialmente sólo se establecía la obligación de publicar por una vez en el Diario Oficial<sup>36</sup>. No obstante, durante la tramitación del proyecto de ley se fue agregando la obligación de efectuar nuevas publicaciones, sin embargo, quienes solicitaron dichas inclusiones no fundamentaron de forma alguna las mismas (salvo en el caso de las radioemisiones)<sup>37</sup>.

Una vez que el solicitante ha asumido los costos antes indicados, la ley permite que dentro del plazo de 45 días corridos desde la publicación del extracto de la solicitud de CEG en el Diario Oficial, se presenten otras solicitudes de concesión que comprendan parte o toda la extensión territorial pedida por el solicitante original. En el evento que se presenten tales solicitudes, el Ministerio deberá convocar a licitación pública para otorgar una o más concesiones en el área que se trate, dentro del término de 90 días desde que haya expirado dicho plazo de 45 días<sup>38</sup>.

Como se advierte, habiendo el interesado asumido todos los costos asociados a su solicitud, nada le asegura una mejor posición si es que otra persona natural o jurídica solicita la misma CEG dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, pues en dicho caso deberá necesariamente participar con otros interesados en un proceso de licitación pública para el área que se trate no teniendo preferencia alguna ni para su solicitud ni para el proceso de licitación pública. Además, el interesado original no sólo deberá competir en la respectiva licitación pública con aquel que también pidió una CEG sobre la misma área, sino que junto a todos los demás que se encuentren interesados en participar.

<sup>35</sup> Inciso segundo del artículo 13 de la Ley.

<sup>36</sup> Historia de la Ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, pp. 16.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 571, 595-596.

<sup>38</sup> Artículo 15 de la Ley.



Más aún, se encuentra siempre presente el riesgo de que el Ministerio convoque a licitación pública para el otorgamiento de una o más CEG ubicadas en la misma área que ya ha pedido el solicitante original, en cualquier etapa del proceso de otorgamiento de la CEG<sup>39</sup>.

Lo anterior, creemos, es uno de los principales desincentivos para que personas naturales o jurídicas soliciten directamente una CEG ante el Ministerio. Esto, ya que no existen reales incentivos para quien ha investigado sobre un área determinada y ha decidido iniciar un proyecto de exploración de energía geotérmica, ya que no tendrá preferencia alguna por sobre otros solicitantes, ni tendrá seguridad alguna de que el Ministerio no decidirá llamar a licitación pública respecto del área comprendida en su solicitud.

Además, para el caso de personas naturales o jurídicas de reconocida trayectoria en materia geotérmica la obligación de comunicar a todo el país del área que se encuentran solicitando constituye un desincentivo mayor por cuanto se ven forzados a dar a conocer dónde creen que pueden existir recursos geotérmicos, llamando así la atención del resto del mercado sobre tal área, pero sin tener preferencia alguna sobre su solicitud.

Lo precedente llama particularmente la atención, teniendo en cuenta otras actividades que nuestro país ha pretendido fomentar, como por ejemplo la minera, por cuanto en dicho caso se estableció expresamente que tiene preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación<sup>40</sup>. Así, es posible apreciar que la regulación de la energía geotérmica ha descuidado uno de los pilares fundamentales para promover su desarrollo, es decir, darles seguridad a quienes pretenden llevar a cabo proyectos de exploración o explotación de energía geotérmica.

2.1.2.2 Poca claridad respecto del concepto “sectores de difícil acceso” y del alcance de la autorización del Ministerio para efectuar radiotransmisiones de extractos de solicitudes de CEG

Como ya se ha indicado, en el caso de que la CEG solicitada al Ministerio cubra sectores de difícil acceso, deberá procederse a comunicar un extracto de la solicitud por medio de tres mensajes radiales que lleguen a la zona en cuestión.

Sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento se han encargado de indicar qué debe ser considerado como “sectores de difícil acceso”. Así, la vaguedad de este término obliga a los solicitantes de CEG a efectuar en todos los casos dichas comunicaciones, pues de lo contrario el Ministerio podría llegar a rechazar la

<sup>39</sup> Inciso tercero del artículo 15 de la Ley.

<sup>40</sup> Artículo 41 del Código de Minería.

solicitud de CEG en virtud de la causal descrita en el número 7 del artículo 18 del Reglamento, es decir, "no cumplir con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la ley". Adicionalmente, si el área pedida es efectivamente "un sector de difícil acceso" y no se procede a efectuar la radiotransmisión dispuesta en la ley, estaríamos frente a una infracción a una norma sustancial que busca darles la oportunidad a terceros de hacer valer sus derechos, en lo que respecta a la solicitud de CEG. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio podría, de acuerdo al artículo 13 de la Ley de Bases, tomar las medidas pertinentes para subsanar dicha situación durante la tramitación de la solicitud de CEG. Lo anterior, incluso, podría significar en la obligación para el interesado de tener que volver a efectuar nuevamente las publicaciones que prescribe la Ley y el Reglamento y con ello retrasar considerablemente la tramitación de la solicitud de CEG.

Cabe comentar que el Decreto 205 indica que es el Ministerio quien debe solicitar al representante legal del medio de comunicación que efectúe la publicación de los extractos de solicitudes de CEG<sup>41</sup>. A pesar de esto, en la práctica son los mismos solicitantes quienes se encargan de efectuar todos los trámites relativos a la comunicación radial del extracto y el Ministerio solamente se limita a aprobar o rechazar la lista de radioemisoras que el solicitante le propone para efectuar tales comunicaciones.

Más aún, dado que tal autorización no se encuentra prevista en la Ley, ni en el Reglamento, ni en el Decreto 205, no hay seguridad de si tal autorización hace presumir que dichas radios cubren efectivamente las áreas de difícil acceso a las que se pretende comunicar el extracto de solicitud de CEG. Lo anterior deja abierta la puerta para que terceros impugnen la solicitud de CEG alegando que la radio en cuestión no cubre la totalidad del área de difícil acceso y que por lo tanto no se le dio la posibilidad de hacer valer sus derechos en el momento oportuno.

#### 2.1.2.3 Falta de regulación sobre defectos o problemas en las publicaciones del extracto de la solicitud de CEG

Como se ha indicado, la Ley ha obligado a los solicitantes a publicar un extracto de sus solicitudes de CEG en el Diario Oficial, en diarios de circulación nacional y regional y a efectuar ciertas radiotransmisiones. Tales publicaciones deben no sólo cumplir con las menciones que indica el inciso tercero del artículo 13 de la Ley (individualización del peticionario, el tipo de concesión que se solicita, la finalidad para la que se solicita la concesión, y la ubicación, extensión y dimensiones del área que comprende), sino que además con aquellas establecidas en la Resolución 326 (fecha y lugar de presentación de la solicitud de CEG). No obstante, ninguno de dichos cuerpos legales ha contemplado

<sup>41</sup> Artículo 4° del Decreto 205.

soluciones para el caso de que los solicitantes de una CEG cometan errores en dichas publicaciones.

Este vacío genera dudas de si tales errores pueden ser considerados dentro de la causal de rechazo dispuesta en el número 7 del artículo 18 del Reglamento, es decir no cumplir con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la Ley. Así, actualmente el solicitante de una CEG que ha publicado el extracto de su solicitud con errores u omisiones no sabe si desistirse de su solicitud y presentarla nuevamente o si corregir tales errores mediante una publicación posterior.

Además, en el evento que fuera posible corregir estos errores vía una publicación posterior, se generan las siguientes interrogantes: ¿El plazo de 45 días corridos para que las personas naturales o jurídicas afectadas por la solicitud de CEG puedan formular reclamaciones y observaciones se cuenta a partir de la publicación original o de la corrección? ¿Depende del tipo de error de que se trate? ¿En qué día debe procederse a la publicación de la corrección? ¿Si son varios los extractos publicados con errores, debe hacerse una publicación para cada extracto o pueden ser todos subsanados en una misma publicación? Sobre estas preguntas volveremos más adelante.

### ***2.1.3 Evaluación de aspectos personales del solicitante y autorización para transferir libremente la CEG***

Los artículos 24 y 25 de la Ley autorizan tanto la transferencia de las CEG a terceros distintos del titular como su transmisión por causa de muerte.

Lo anterior llama la atención, pues por otra parte los artículos 13 y 27 del Reglamento señalan que deben aportarse al Ministerio aquellos antecedentes que acrediten la experiencia del proponente en la implementación de proyectos de similar complejidad y magnitud. Así, por una parte se evalúan aspectos personales del solicitante para efectos de otorgar la CEG, pero por otra se autoriza que el titular de la concesión pueda transferir la misma a partir de su primer día de vigencia<sup>42</sup>. De esta manera, se aprecia una manifiesta inconsistencia entre lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento sobre esta materia.

### ***2.1.4 Falta de facultades del Ministerio para revocar el decreto que otorga la CEG en el evento que al primer año no se acredite el cumplimiento de un cierto porcentaje del proyecto***

Según lo indicado en la Ley, la CEG sólo se extingue por tres causas. La primera de ellas ocurre respecto de la CEG de explotación, pues esta cadu-

<sup>42</sup> Artículo 24 de la Ley y artículos 54 y 55 del Reglamento.

ca irrevocablemente, y por el solo ministerio de la ley, si el concesionario dejare de pagar dos patentes consecutivas<sup>43</sup>. La segunda de ellas tiene lugar cuando un tribunal competente declara extinguida la CEG de explotación, a solicitud del Ministerio, si el concesionario, aun habiendo pagado patente, no desarrollare las actividades de explotación de su concesión, pudiendo hacerlo en condiciones razonables de rentabilidad, con el fin de obtener utilidades o ventajas adicionales mediante la explotación de otras fuentes energéticas<sup>44</sup>. Finalmente, la tercera de ellas consiste en la renuncia total o parcial que hace el titular de una CEG de exploración o de explotación, sobre la misma<sup>45</sup>.

También, la Ley ha señalado que una vez otorgada la CEG el concesionario tendrá derecho a conservarla y no podrá ser privado de ella sino por las causales de caducidad o extinción antes comentadas<sup>46</sup>.

Como se puede ver, la Ley no ha dispuesto ninguna causal de extinción para la concesión de exploración, aparte de la renuncia de la misma hecha por su titular. Por lo tanto, actualmente no existe ninguna sanción para aquellos titulares de una CEG de exploración que no efectúen las actividades a las cuales se han comprometido realizar en su solicitud de CEG.

De tal modo, la única consecuencia negativa para quien solicita una CEG y no desarrolla las actividades de exploración a las que se comprometió es que no podrá optar a la prórroga del plazo de vigencia de la concesión. Como consecuencia de lo anterior, la obligación del titular de una CEG de informar anualmente al Ministerio sobre el avance verificado durante el año calendario anterior en la ejecución de su proyecto de exploración de energía geotérmica no tiene aparejado efecto práctico alguno.

Más aún, resulta discutible que el Ministerio pueda aplicar las multas descritas en el artículo 43 de la Ley, por cuanto el no desarrollo de actividades de exploración no es una infracción a la Ley, sino que a las obligaciones contenidas en el decreto que otorga la CEG. Por otra parte, la misma Ley autoriza a quien solamente ha cumplido con el 25 por ciento de las inversiones detalladas en el decreto que otorga la concesión, para optar a la renovación del plazo de vigencia de la CEG de exploración<sup>47</sup>. Así, es la misma Ley quien reconoce que el no cumplimiento de la totalidad de las actividades e inversiones a las cuales el concesionario se ha comprometido no es propiamente una infracción. Como consecuencia de lo anterior, y en el evento que se considerara que la

<sup>43</sup> Artículo 39 de la Ley y artículo 64 del Reglamento.

<sup>44</sup> Artículo 40 de la Ley y artículo 65 del Reglamento.

<sup>45</sup> Artículo 41 de la Ley y artículos 66, 67 y 68 del Reglamento.

<sup>46</sup> Inciso tercero del artículo 5° de la Ley.

<sup>47</sup> Inciso segundo del artículo 36 de la Ley.

obligación de cumplir con las actividades de exploración proviene de la Ley y no del decreto que otorga la CEG, tampoco correspondería aplicar multa alguna para el caso del cumplimiento de un porcentaje bajo de las actividades de exploración indicadas en el decreto que otorga la concesión, pues es la misma Ley quien autoriza tal hecho.

De esta manera, la Ley y el Reglamento permiten que la CEG esté por dos años en manos de un titular que puede no desarrollar actividades de exploración alguna y no permitir que el Ministerio revoque el decreto que otorgó la CEG y se la otorgue a otro solicitante con un interés real en realizarlas.

## **2.2 Otorgamiento de una CEG mediante un proceso de licitación pública**

### ***2.2.1 Requerimiento de patrimonio mínimo para poder participar en una licitación pública de CEG***

El artículo 17 de la Ley dispone que quienes deseen participar en un proceso de licitación pública deberán tener, entre otros, un patrimonio de a lo menos 5.000 unidades de fomento para el caso de personas naturales y 10.000 unidades de fomento para las personas jurídicas. No obstante, dicha disposición nada indica respecto de la obligación de mantener tal patrimonio durante el proceso de licitación pública.

Dado que la intención de la Ley es asegurar que quien solicite una CEG tenga los fondos mínimos para poder llevar a cabo las actividades básicas de explotación o exploración, podría darse que al momento de otorgarse la CEG, el solicitante ya no tenga los fondos para cumplir con dichos mínimos y, por lo tanto, no pudiera en teoría llevar a cabo actividades tendientes a explorar o explotar energía geotérmica.

### ***2.2.2 Oferta económica***

El artículo 17 de la Ley dispone que las licitaciones públicas de CEG comprenden dos etapas. La primera, de calificación técnica de los proponentes, y la segunda, de evaluación de las ofertas económicas. Todos los proponentes que hayan sido seleccionados en la primera fase de calificación técnica tendrán derecho, en la segunda etapa, a formular ofertas, las que se resolverán sobre la base de los precios ofrecidos por la concesión.

Si bien ni la Ley ni el Reglamento disponen en relación a quién deben hacerse estas ofertas ni su tope, en la práctica esta etapa ha perdido su real naturaleza. Lo anterior es manifiesto por ejemplo en el caso de las bases de la licitación pública que se inició durante el año 2010, pues se estableció que la oferta económica correspondía al 0,1 por ciento de la inversión total comprometida



para cada proyecto de exploración geotérmica ofertado por el proponente<sup>48</sup>. Además, se otorgó a tal oferta un 40 por ciento del puntaje total obtenido por cada proponente en la licitación<sup>49</sup>. Lo anterior, genera principalmente dos problemas prácticos. El primero de ellos es que impide a quienes desean obtener mayor puntaje en la segunda etapa de la licitación hacer una "oferta" real en beneficio del Estado para obtener la CEG, pues se trata de montos fijos. El segundo de ellos consiste en que puede fomentar a que quienes desean obtener un puntaje mayor en la oferta económica aumenten ficticiamente los montos de inversión descritos en la parte técnica de su propuesta. Lo anterior, sumado a la posibilidad que los titulares de la CEG de exploración puedan solicitar al Ministerio la prórroga del período de vigencia de la concesión acreditando un avance no inferior al 25 por ciento en la materialización de las inversiones proyectadas para el desarrollo de la CEG, puede promover el hecho de que los proponentes aumenten el monto de las inversiones descritas en sus propuestas sólo con el objetivo de aumentar su puntaje y de a la vez cumplir con el referido 25 por ciento para solicitar la extensión.

### 3. Propuestas

#### 3.1 Otorgamiento directo de una CEG por el Ministerio

##### 3.1.1 Demora excesiva en el otorgamiento de las CEG

La demora excesiva en el otorgamiento de una CEG se debe a varias causas, las cuales han generado que el Ministerio se vea imposibilitado de resolver dentro de los plazos establecidos para tal efecto. No obstante, ni la Ley ni el Reglamento les han otorgado a los solicitantes de una CEG los mecanismos suficientes para controlar que el Ministerio cumpla con tales plazos y así evitar el retraso en el otorgamiento de una CEG.

A tal respecto, cabe señalar que el actual proyecto de modificación de la Ley ha buscado reducir los plazos dispuestos en tal norma tanto para las actuaciones de los solicitantes, de los terceros interesados y del Ministerio. Sin embargo y

<sup>48</sup> Número 5, letra k) y número 13 del artículo primero de la Resolución Exenta N° 0436, de fecha 30 de agosto de 2010, del Ministerio de Energía, que aprueba bases administrativas y técnicas para la convocatoria a licitación pública de las concesiones de exploración de energía geotérmica sobre las áreas "Aroma", "San Rafael", "Batea", "Aucan II", "San Alberto", "Quinohuen", "Mariman", "San Bernardo", "Negrilla", "Socompa", "Colorado", "Gorbea", "Bayo", "Santa Lela", "San José I", "San José II", "Yeguas Muertas", "Campanario", "Sollipulli", "Newen", y "Chodhuen", de acuerdo a la ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica. Dicha resolución fue modificada por Resolución Exenta N° 0501, de fecha 30 de septiembre de 2010, del Ministerio de Energía, y por Resolución Exenta N° 0614, de fecha 5 de noviembre de 2010, del Ministerio de Energía.

<sup>49</sup> Número 17 del artículo primero de la referida Resolución Exenta N° 0436, de fecha 30 de agosto de 2010, del Ministerio de Energía.

como hemos visto, los plazos establecidos en la Ley en nada se condicen con aquellos que el Ministerio actualmente toma para resolver sobre una solicitud de CEG. Más aún, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que los plazos no son fatales para la Administración del Estado<sup>50</sup>, por lo que tal solución no resulta efectiva desde el punto de vista práctico.

Por otra parte, resulta improbable la aplicación del silencio positivo contemplado en la Ley de Bases respecto del procedimiento indicado en la Ley, pues la Contraloría General de la República ya ha indicado en diversas oportunidades que tal silencio no se aplica a procedimientos especiales como el de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas –el cual, como ya se señaló, presenta diversas similitudes con el contenido en la Ley y en el Reglamento–.

Bajo este panorama, urge incluir en la Ley mecanismos específicos que permitan al solicitante de una CEG exigir que el Ministerio resuelva dentro de los plazos indicados en la Ley y en el Reglamento. A este respecto, creemos se debe introducir un nuevo artículo en la Ley que prevea esta situación, estableciendo un plazo máximo para el procedimiento de otorgamiento de una CEG y, en el evento que el Ministerio no resuelva dentro de tal plazo, se pueda hacer aplicable el silencio positivo administrativo y las responsabilidades que correspondan.

Por otro lado, se hace necesario crear mecanismos que permitan al Ministerio revisar las reclamaciones y observaciones formuladas por terceros.

En estricto rigor, podría estimarse que dicha inclusión no es necesaria, pues el artículo 7° de la Ley de Bases dispone que “las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, *haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar su pronta y debida decisión*”. Así, el Ministerio debiera remover aquellas observaciones y reclamaciones que afectan la pronta decisión sobre el otorgamiento de una CEG debido a falta de cumplimiento de aquellos requisitos mínimos señalados en la Ley y en el Reglamento.

No obstante, si bien consideramos que el artículo 7° de la Ley de Bases antes citado permite en cierta medida al Ministerio indagar en el contenido de las actuaciones presentadas por terceros en el procedimiento de constitución de una CEG, resulta importante incluir un nuevo artículo 18 bis en la Ley y

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, CALDERA DELGADO, Hugo, (2001), pp. 195-198. Asimismo, Contraloría General de la República, dictamen N° 3.489, de fecha 20 de enero de 2006, dictamen N° 14.477, de fecha 31 de marzo de 2006, dictamen N° 957, de fecha 8 de enero de 2010, dictamen N° 29.696, de fecha 27 de junio de 2008, dictamen N° 33.145, de fecha 18 de junio de 2010, dictamen N° 36.246 de fecha 8 de julio de 2009.

complementar el actual artículo 49 del Reglamento, permitiendo al Ministerio verificar que los reclamantes sean legitimados activos para formular reclamaciones y observaciones y que acompañen los documentos necesarios e idóneos para fundamentar sus reclamaciones. Además, deberán otorgarse facultades expresas para rechazar de plano aquellas reclamaciones y observaciones que no cumplan con los requisitos individualizados en la Ley y en el Reglamento. Lo anterior evitará que se confiera traslado a reclamaciones y observaciones que dilatan el procedimiento, junto con impedir un desgaste innecesario del solicitante, pues debe contestar tales reclamaciones y observaciones, y del Ministerio, quien debe resolver sobre las mismas.

También resulta conveniente señalar expresamente en la Ley el momento preciso a partir del cual se comienza a contar el plazo de 45 días corridos para que terceros afectados puedan formular al Ministerio reclamaciones y observaciones de aquello que les cause perjuicio en relación a la solicitud de CEG, de forma de evitar dilaciones innecesarias del proceso de otorgamiento de las concesiones. Sin perjuicio de que resulta imperioso complementar el artículo 18 de la Ley con lo que se detalla a continuación, consideramos que la interpretación correcta y coherente de la Ley es que el plazo de 45 días comienza al momento que el solicitante publique un extracto de su solicitud de CEG en el Diario Oficial, pues es el mismo plazo que se otorga a los terceros interesados para solicitar una CEG en la misma área ya pedida por el solicitante primitivo. Además, de los artículos 13 y 18 del mensaje presidencial que contenía el proyecto de la Ley, se entendía que el plazo de 45 días empezaba a correr desde la publicación del extracto de la solicitud de la CEG en el Diario Oficial y no desde otro momento<sup>51</sup>, lo cual, al no haber sido modificado, debiera entenderse que sigue de la misma forma.

En este sentido, es posible asumir que es suficiente publicidad de la solicitud de CEG la sola publicación en el Diario Oficial, por lo que se hace innecesario hacer publicaciones adicionales y contar el plazo desde otro momento que no sea el establecido para la publicación en el Diario Oficial. Más aún, establecer un plazo mayor para formular reclamaciones y observaciones constituye, en nuestra opinión, una discriminación arbitraria, dado que se estaría dando un plazo mayor para quienes desean formular reclamaciones y/o observaciones a una solicitud de CEG que para aquellos que quieren solicitar una CEG en la misma área que lo ha hecho otro solicitante.

Adicionalmente, consideramos necesario modificar el artículo 13 de la Ley y el 14 del Reglamento, estableciendo que sólo será necesario publicar la solicitud de CEG en el Diario Oficial, por las mismas razones indicadas en el párrafo anterior, tal como se indicaba originalmente en el mensaje que contenía el proyecto de la Ley.

<sup>51</sup> Historia de la Ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, pp. 15-16.

### ***3.1.2 Costos que involucra solicitar una CEG y pocas garantías para el solicitante***

El actual texto de la Ley obliga al solicitante de una CEG a asumir todos los costos de preparación de su solicitud y de publicar un extracto de la misma en diversas oportunidades. Así, se le obliga a un solicitante a hacer pública el área en la cual tiene sospechas de que puede existir recurso geotérmico, pero no se le otorga prioridad alguna al solicitante original respecto de aquellos que pidan una CEG situada en la misma área que la comprendida por la solicitud primitiva. Además, no existe seguridad de que el Ministerio no llamará a licitación pública para la misma área comprendida en su solicitud de CEG en cualquier etapa durante la revisión de la misma.

De esta forma, y siendo de vital importancia fomentar la investigación de nuevos recursos de energía geotérmica en Chile, es imperativo introducir modificaciones a la estructura actual que contienen la Ley y el Reglamento en este sentido. En consecuencia, debe derogarse el inciso segundo del artículo 15 de la Ley y en su reemplazo establecerse que el Ministerio sólo podrá llamar a licitación pública para aquellas áreas en las cuales no exista una solicitud de CEG en proceso de revisión. Por otro lado, derogar el inciso tercero del mismo artículo 15 y establecer un mecanismo similar al dispuesto en el Código de Minería en el sentido de que quien presenta primero una CEG tiene prioridad por sobre aquellos que lo hagan con posterioridad.

Por su parte, para otorgar mayor seguridad jurídica a los solicitantes de una CEG, es menester asegurarles que en el evento que publiquen un extracto de sus solicitudes de CEG en una radioemisora, no podrá reclamarse posteriormente por terceros que dicha radio no comprende la totalidad del área en la que se encuentra ubicada la concesión solicitada. A este respecto, consideramos necesario incluirse un inciso cuarto en el artículo 13 de la Ley indicando que la autorización del Ministerio para la radiodifusión del extracto de la solicitud de CEG hará presumir que ella incluye la totalidad del área pedida. Además, deberá modificarse el Decreto 205, para reflejar la práctica que se ha llevado a cabo sobre esta materia y los cambios antes comentados.

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos que actualmente sería posible resolver esta situación a través de la aplicación del principio de la confianza legítima,<sup>52</sup> el cual busca otorgar protección jurídica a los destinatarios de los actos de la Administración del Estado, con respecto a la estabilidad de sus decisiones, las cuales resultan afectadas en su buena fe como consecuencia del cambio inesperado de la actuación de la Administración del Estado que

<sup>52</sup> También sobre este principio, Contraloría General de la República, dictamen N° 38.064, de fecha 16 de agosto de 2006.

modifica la orientación o el sentido de decisiones y posturas suyas adoptadas anteriormente.

En relación a lo anterior, el profesor Jorge Bermúdez Soto plantea que, si bien la Constitución Política de la República no ha consagrado un principio expreso de protección de la confianza, la interpretación progresiva de dicha norma y el propio desarrollo dogmático de la misma, permiten encontrar sus fundamentos en la propia Constitución Política, *"El principio de confianza legítima se deduce desde los principios constitucionales del Estado de Derecho (arts. 5º, 6º y 7º CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR)"*<sup>53</sup>. Agrega el autor que *"En virtud de él se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico. Se encuentra muy vinculado a la doctrina iusprivatista de los actos propios, de alcance más bien procesal, y aplicable a las partes del pleito, sean estas públicas o privadas"*<sup>54</sup>. Por lo demás, la doctrina ha sostenido que: *"Antes de que se recibiera en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la confianza legítima, las situaciones jurídicas que éste trata de proteger habían quedado protegidas en general por la jurisprudencia aplicando el principio general de la buena fe. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con la que nos relacionamos. En el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, la actuación que cabe esperar de una administración pública respecto del administrado [...]"*<sup>55</sup>.

Así, en el evento que durante la tramitación del proceso de otorgamiento de una CEG, alguna persona invoque que la publicación efectuada en la radio emisora no ha comprendido toda el área que abarca la CEG, mediante la aplicación de este principio el Ministerio no podrá acoger dicho reclamo por cuanto ha sido él mismo quien ha aprobado la radioemisora que el solicitante le propuso para efectuar tales comunicaciones.

### **3.1.3 Falta de regulación en materia de defectos o problemas relacionados a la publicación del extracto de la solicitud de CEG.**

Sin perjuicio de que consideramos necesario complementar el artículo 13 de la Ley incluyendo un nuevo inciso con lo que aquí se detallará, creemos que en la actualidad sí pueden corregirse errores cometidos en las publicaciones de los extractos de solicitudes de CEG.

Lo anterior básicamente por tres razones. En primer lugar, ni la Ley ni el Reglamento prohíben enmendar errores efectuados en las publicaciones que indica el artículo 13 de la Ley. En segundo lugar, el propósito de dichas publicacio-

<sup>53</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, (2005).

<sup>54</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, (2005).

<sup>55</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, (1999), pp. 51 y 53.



nes es dar la posibilidad a otros interesados para que, según corresponda, soliciten una CEG en la misma área que ha sido pedida previamente por otro solicitante o formulen reclamaciones y/o observaciones a la solicitud de CEG. En este sentido, y para asegurar debidamente tal propósito, las publicaciones deben contener los datos necesarios para que un interesado pueda hacer valer sus derechos ante el Ministerio. De esta forma, si una publicación contiene defectos, pero éstos pueden ser debidamente salvados sin provocar perjuicios a los posibles interesados, en nada se desvía de tal propósito. En tercer lugar, la causal de rechazo de solicitudes de CEG contenida en el número 7 del artículo 18 del Reglamento señala que "Serán causales suficientes para denegar total o parcialmente la concesión solicitada las siguientes [...] No cumplir con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la Ley". En este sentido, se debiera entender que la causal de rechazo sólo ocurre cuando no se publican los extractos en las oportunidades que se indican en la Ley y no cuando éstas contienen defectos que han sido debidamente corregidos.

En relación a la clase de errores que se pueden cometer, creemos que debe distinguirse entre esenciales y accidentales. Los primeros, son aquellos que se cometen sobre las menciones señaladas en el artículo 13 de la Ley, es decir, la individualización del peticionario; el tipo de concesión que se solicita; la finalidad para la que se solicita la concesión, y la ubicación, extensión y dimensiones del área que comprende. Tales errores, al recaer sobre materias que son necesarias para que un tercero pueda hacer valer sus derechos, generan la obligación de publicar nuevamente y en su totalidad el extracto de la solicitud de CEG en la oportunidad que se trate. Los segundos, por su parte, son aquellos que recaen sobre cuestiones que no indica la Ley, pero que se contienen en la Resolución 326, esto es, la fecha y lugar de presentación de la solicitud de CEG. En este caso, el error no limita de forma alguna a un tercero para que pueda hacer valer sus derechos, por cuanto si éste quiere presentar una solicitud de CEG sobre la misma área que ya ha pedido el solicitante previo, deberá necesariamente hacerlo ante el Ministerio o la Secretaría General Ministerial de que se trate. Por su parte, si el interesado quiere formular reclamaciones y/o observaciones, deberá imperativamente hacerlo ante el Ministerio.

Así, un error de este tipo no genera perjuicio alguno a terceros interesados. Para este último caso, bastaría con publicar una fe de erratas salvando el error que corresponda. Adicionalmente, en el caso que se cometan errores accidentales en publicaciones de extractos de más de una solicitud de CEG en una misma oportunidad, no habría limitación para corregir todos los errores en una sola publicación, pues dicha situación no genera perjuicio alguno a los posibles interesados.

Respecto de la oportunidad en la cual deben efectuarse las publicaciones, somos de la opinión de que debe procederse de acuerdo a la misma lógica

establecida en la Ley. De esta forma, si se ha incurrido en el error en una publicación en el Diario Oficial, efectuada en el día primero o al siguiente hábil si éste fuere feriado, del mes posterior a aquel en que se presentó la solicitud, la corrección debe efectuarse el día 15 o al siguiente hábil si éste fuere feriado, del mes posterior a aquel en que se presentó la solicitud. En cambio, si el error se ha incurrido en una publicación realizada el día 15 o al siguiente hábil si éste fuere feriado, del mes posterior a aquel en que se presentó la solicitud, debe poder darse la posibilidad de corregir tal error al día primero o al siguiente hábil si éste fuere feriado, del mes posterior a aquel en que se debieron efectuar las publicaciones. Por el contrario, si el error se comete en una publicación en un diario de circulación nacional, regional o en una radioemisora, la corrección del respectivo error deberá hacerse cualquier día de tal mes –dado que la Ley dispone que tales publicaciones se deben efectuar dentro del mes siguiente a la fecha de la presentación de la solicitud de CEG<sup>56</sup>–.

En cuanto al plazo de 45 días corridos para que terceros puedan efectuar reclamaciones y observaciones a una solicitud de CEG, creemos que debe hacerse la siguiente distinción. Para el caso de errores esenciales, el plazo se debiera contar desde la fecha en la que se publicó la corrección del error. Lo anterior ya que se entiende que tales menciones son esenciales para que un tercero pueda determinar si el área comprendida en la solicitud de CEG le interesa o si dicha solicitud le afecta de alguna manera. En el caso de errores accidentales, el referido plazo se debiera contar desde la primera publicación hecha en el Diario Oficial, por cuanto tales errores no impiden de forma alguna que un posible afectado pueda hacer valer sus derechos ante el Ministerio.

#### ***3.1.4 Evaluación de aspectos personales del solicitante y autorización para transferir libremente la CEG***

La Ley y el Reglamento son inconsistentes respecto de esta materia, porque, por una parte, el Reglamento exige que el solicitante de una CEG acompañe antecedentes que acrediten su experiencia en la implementación de proyectos de similar complejidad y magnitud, pero, por otra, la Ley permite transferir la CEG a partir del momento en que ésta sea otorgada.

Con todo, resulta lógico que el Ministerio tenga en consideración la experiencia de un proponente para efectos de otorgar una CEG, por cuanto el fin de obtener una CEG no puede ser la especulación con la misma, sino que el desarrollo efectivo de actividades de exploración o explotación de energía geotérmica.

Dicha idea se encuentra reforzada en el hecho que la Ley exige a los titulares de una CEG informar al Ministerio respecto del estado de avance verificado

<sup>56</sup> Artículo 13 de la Ley.

durante el año calendario precedente en la ejecución del proyecto descrito en su solicitud de CEG.

Así, debe agregarse como nuevo inciso a los artículos 24 y 25 de la Ley, que el derecho del titular sobre la CEG está sujeto a condiciones resolutorias o limitaciones establecidas en los propios decretos que otorgan las CEG, en virtud de las cuales la concesión no pueda ser transferida o transmitida. En esta línea, deberán además derogarse los artículos 54 y 55 del Reglamento, que permiten la libre transferencia de las CEG.

Lo anterior, en nuestra opinión, fortalecerá que sólo se soliciten CEG para desarrollar actividades de exploración o explotación de energía geotérmica y a la vez desincentivará el uso de las mismas para fines distintos.

### ***3.1.5 Falta de facultades del Ministerio para revocar el decreto que otorga la CEG en el evento que al primer año no se acredite el cumplimiento de un cierto porcentaje del proyecto.***

Actualmente, la Ley no contempla sanción alguna para aquel titular de una CEG de exploración que no desarrolla actividades de exploración durante la vigencia de la CEG.

En tal sentido, la obligación del concesionario de una CEG de exploración de informar al Ministerio durante marzo de cada año sobre el avance verificado durante el año calendario precedente en la ejecución del proyecto descrito en su solicitud de la CEG, carece de relevancia en la práctica. Lo anterior por cuanto el Ministerio no tiene facultades para revocar el decreto que otorga la CEG en tal caso.

En tal sentido, puede ocurrir que el titular de una CEG no desarrolle actividades de exploración sobre un área determinada o que las desarrolle en un porcentaje menor en comparación a aquello a lo que se comprometió al solicitar la CEG y la concesión se mantendrá vigente durante dos años antes de que otra persona pueda solicitarla.

Sobre este punto, consideramos necesario incluir un artículo 39 bis en la Ley, que le otorgue facultades suficientes al Ministerio para revocar el decreto que otorga la CEG en el evento que el titular de una CEG no desarrolle actividades de exploración o no cumpla con el porcentaje mínimo de gasto del monto de inversión al cual se comprometió en su solicitud de CEG al año de haber sido otorgada. De la misma forma, deberá introducirse un nuevo artículo 68 bis en el Reglamento que recoja las ideas antes indicadas en este párrafo.

Adicionalmente, creemos pertinente modificar el artículo 35 de la Ley y el artículo 59 del Reglamento, estableciendo que deberá informarse al Ministerio cada 6 meses desde el otorgamiento de la CEG sobre el avance en la ejecución del proyecto indicado en su solicitud de CEG. Lo anterior permitirá al Ministerio mantener un control más eficaz y directo sobre el cumplimiento de las obligaciones de exploración por parte del titular de la CEG.

### **3.2 Otorgamiento de una CEG mediante un proceso de licitación pública**

#### ***3.2.1 Requerimiento de patrimonio mínimo para poder participar en una licitación pública de CEG***

La actual regulación presenta un vacío sobre este tema por cuanto se exige que los solicitantes de una CEG tengan un patrimonio de a lo menos 5.000 unidades de fomento para personas naturales y 10.000 unidades de fomento para el caso de personas jurídicas. No obstante nada se dispone sobre la obligación de mantener tal patrimonio durante el transcurso de la revisión de la solicitud de CEG hasta el otorgamiento de la misma.

Puesto que el sentido de tal disposición es asegurar que quien solicita una CEG tenga los medios mínimos para llevar a cabo las actividades de exploración o explotación que requiera la concesión solicitada, resulta pertinente agregar al final de la letra a) del artículo 17 de la Ley que los solicitantes deberán mantener tales montos durante todo el período que dure la revisión de sus solicitudes de CEG, lo cual deberán demostrar mediante el envío de la documentación necesaria en el período que determine el legislador para tal efecto. Debido a que un proceso de licitación usualmente tarda un año en terminar, sería aconsejable que tales antecedentes sean enviados a lo menos un par de veces al Ministerio.

#### ***3.2.2 Oferta económica***

En nuestra opinión, la forma mediante la cual el Ministerio ha regulado la oferta económica genera ciertos inconvenientes en la práctica que van en contra de la naturaleza misma de la "oferta" y que generan ciertos incentivos negativos. A tal respecto, se propone incluir en el artículo 17 de la Ley y el artículo 35 del Reglamento que la oferta económica no puede ser vinculada a la inversión total comprometida por los proponentes para cada proyecto de exploración geotérmica, sino que la oferta fluctuará entre los montos que determine el Ministerio para cada licitación pública. Lo anterior por cuanto conectar la oferta al monto de la inversión del proyecto puede incentivar que los proponentes aumenten los montos indicados en sus ofertas técnicas con el fin de obtener un mayor puntaje en la evaluación de la oferta técnica. Así, se permitirá a quienes ofrezcan más dinero por una determinada CEG obtener un mayor puntaje en

la licitación en el evento que consideren que sus propuestas técnicas no son tan fuertes como las de sus competidores.

#### **4. Conclusiones**

La regulación de la energía geotérmica en Chile se encuentra básicamente recogida en dos cuerpos legales, la Ley y el Reglamento. Tales cuerpos legales establecen que la energía geotérmica sólo puede ser explorada o explotada previo otorgamiento de una CEG. En este sentido, las CEG pueden ser de diversos tipos, dependiendo de las actividades que involucren y del área sobre la cual se encuentran ubicadas. A su vez, las CEG sólo pueden ser obtenidas ya sea a través de un procedimiento de solicitud directa presentada ante el Ministerio o mediante un proceso de licitación pública. Todos aquellos procedimientos se encuentran expresamente regulados en la Ley y en el Reglamento.

Aunque la Ley fue publicada el 7 de enero del año 2000, la industria de la geotermia ha tenido un escaso desarrollo en Chile, lo cual, opinamos, se debe básicamente a la alta inversión y riesgo que implica la ejecución de un proyecto de explotación de energía geotérmica y a ciertos problemas y desincentivos que presenta nuestra legislación.

En este sentido, creemos indispensable que se vayan removiendo aquellos desincentivos que enfrenta la industria de la geotermia en Chile, de modo de fomentar el desarrollo de este tipo de energía renovable y así poder lograr las metas que ha dispuesto la ley número 20.257, que introduce modificaciones a la ley general de servicios eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales, publicada en el Diario Oficial con fecha 1 abril de 2008. En especial, deben eliminarse aquellos problemas presentes en el proceso de otorgamiento de una CEG, pues es el punto de partida para que un interesado pueda explorar o explotar energía geotérmica.

A este respecto, destacamos que los procedimientos dispuestos en la Ley y en el Reglamento para solicitar una CEG presentan una serie de imprecisiones y vacíos que han generado problemas o dificultades en la aplicación práctica de tales normas. Lo anterior podrían ser desincentivos al desarrollo de la energía geotérmica en Chile.

En la misma línea, la mayoría de tales problemas se identifican en el procedimiento de otorgamiento directo de la CEG. Dichos problemas se refieren a la imposibilidad del Ministerio para cumplir con los plazos establecidos en la Ley y en el Reglamento, y la improbable aplicación del silencio positivo a este procedimiento debido a diversos fallos emitidos por la Contraloría General de



la República en el tema de constitución de derechos de agua –procedimiento que tiene similitudes con el de otorgamiento de una CEG–. Por su parte, faltan atribuciones para que el Ministerio pueda revisar el contenido de las reclamaciones y observaciones formuladas por terceros a una solicitud de CEG y de rechazar de plano aquellas que no cumplan con requisitos mínimos contemplados en la Ley y en el Reglamento. Además, existe la obligación de los solicitantes de una CEG de asumir una serie de costos sin tener prioridad respecto de su solicitud en relación a otros que puedan pedir la misma área comprendida en tal solicitud ni la seguridad de que el Ministerio no llamará a licitación pública respecto del área comprendida en su solicitud. Por otro lado, falta de autorización expresa para corregir defectos incurridos en las publicaciones hechas por los solicitantes de una CEG.

En adición a lo previamente señalado, se considera la evaluación de aspectos personales de los solicitantes para obtener una CEG, pero se autoriza a transferir la CEG desde el momento en que se obtiene tal concesión. Lo anterior promueve la especulación con las CEG y no que quienes las soliciten efectivamente se dediquen a desarrollar actividades de exploración o explotación de energía geotérmica. También faltan facultades del Ministerio para revocar el decreto que otorga una CEG en el evento que el concesionario no desarrolle actividades de exploración o explotación de energía geotérmica y discutible aplicación de multas para tales casos.

Por su parte, se identifican dos problemas relacionados con el procedimiento de otorgamiento de una CEG a través de licitación pública. El primero de ellos consiste en la falta de claridad respecto de la obligación de mantener el patrimonio mínimo que indica la Ley para poder participar en un proceso de licitación pública, durante todo el tiempo que dure tal proceso y la insuficiente regulación de la Ley y el Reglamento de la institución de la oferta económica. Lo previo ha generado que en la práctica no haya propiamente una oferta y que se generen ciertos incentivos negativos para que los proponentes puedan obtener un puntaje mayor en sus propuestas.

Sin perjuicio de la existencia de los problemas antes descritos, creemos que podrían incluirse en la Ley y en el Reglamento disposiciones que permitan evitar estos problemas prácticos y a la vez incentivar a quienes estén interesados en el desarrollo de la energía geotérmica a presentar solicitudes directas ante el Ministerio o a participar en procesos de licitación pública con tal fin.

## **Bibliografía**

BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2005), "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", *Revista de Derecho (Val-*

*divia*), Volumen 18, N° 2, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200004&script=sci_arttext) [fecha de consulta: 8 de agosto de 2011].

CALDERA DELGADO, HUGO (2001), *Tratado de Derecho Administrativo*, (Ediciones Parlamento Limitada), pp. 195-198.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (2004), *Curso práctico de Derecho Administrativo I*, (Civitas), pp. 600 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (1999), *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, (Madrid, Editorial Civitas), pp. 51 y 53.

GÓMEZ PUENTES, MARCOS (2002), *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, pp. 577-735.

Historia de la Ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, de fecha 7 de enero de 2000, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> [fecha de consulta: 8 de agosto de 2011].

SOTO KLOSS, EDUARDO (2003), "Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos", Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, pp. 125-137.

VERGARA BLANCO, ALEJANDRO (2011), *Código de Energía*, Editorial Legal Publishing Chile, pp. 635-697.

### **Normas citadas**

Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, que fija texto del Código de Aguas, *Diario Oficial*, 29 de octubre de 1981.

Decreto N° 205, que reglamenta las características del registro público que deberán llevar las radioemisoras del país para emisiones de mensajes radiales de extractos de solicitudes de CEG en sectores de difícil acceso, *Diario Oficial*, 17 de octubre de 2000.

Decreto N° 32, que aprueba el reglamento para la aplicación de la Ley, *Diario Oficial*, 28 de octubre del año 2004.

Decretos N° 202, 203 y 204. *Diario Oficial*, 1 de abril de 2010.

Decretos N° 205 y 210. *Diario Oficial*, 2 de marzo de 2010.

Decretos N° 247, 270 y 272. *Diario Oficial*, 8 de febrero de 2011.

Ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos del Estado. *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica. *Diario Oficial*, 7 de enero del año 2000.

Ley número 20.257, que introduce modificaciones a la ley general de servicios eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales. *Diario Oficial*, 1 abril de 2008.

Resolución Exenta N° 0436, que aprueba bases administrativas y técnicas para la convocatoria a licitación pública de las concesiones de exploración de energía geotérmica sobre las áreas "Aroma", "San Rafael", "Batea", "Aucan II", "San Alberto", "Quinohuen", "Mariman", "San Bernardo", "Negrillar", "Socompa", "Colorado", "Gorbea", "Bayo", "Santa Lela", "San José I", "San José II", "Yeguas Muertas", "Campanario", "Sollipulli", "Newen" y "Chodhuen", de acuerdo a la ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica. *Diario Oficial*, 1 de septiembre del año 2010.

Resolución Exenta N° 0501, de fecha 30 de septiembre de 2010, del Ministerio de Energía, que modifica la Resolución Exenta N° 0436, de fecha 30 de agosto de 2010, del Ministerio de Energía.

Resolución Exenta N° 0614, de fecha 5 de noviembre de 2010, del Ministerio de Energía, que modifica la Resolución Exenta N° 0436, de fecha 30 de agosto de 2010, del Ministerio de Energía. *Diario Oficial*, 15 de noviembre del año 2010.

## **Jurisprudencia nacional citada**

### ***Contraloría General de la República***

Dictamen N° 37.603, de fecha 27 de julio de 2004.

Dictamen N° 45.191, de fecha 6 de septiembre de 2004.

Dictamen N° 3.489, de fecha 20 de enero de 2006.

Dictamen N° 14.477, de fecha 31 de marzo de 2006.

Dictamen N° 62.339, de fecha 28 de diciembre de 2006.

Dictamen N° 38.064, de fecha 16 de agosto de 2007.

Dictamen N° 29.696, de fecha 27 de junio de 2008.

Dictamen N° 36.246, de fecha 8 de julio de 2009.

Dictamen N° 957, de fecha 8 de enero de 2010.

Dictamen N° 33.145, de fecha 18 de junio de 2010.

## La importancia del control en la administración del Estado

**Emilio A. Oñate Vera**

Abogado  
Universidad Central de Chile  
Magister en Gerencia y Políticas Públicas  
Universidad Adolfo Ibáñez  
Secretario Académico  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Autónoma de Chile

**Resumen:** Se analiza la importancia del Control Jurídico en la Administración del Estado, algunas nociones sobre su origen y su relación con el Estado de Derecho. Se aborda especialmente el denominado control administrativo externo, realizado por la Contraloría General de la República, a través del trámite de toma de razón, considerando aspectos del actuar administrativo a ser verificados.

El presente trabajo pretende resaltar la importancia que en el desarrollo de un Estado contemporáneo adquiere la potestad de control, que ya no solo es posible considerarla como un atributo indispensable de los Estados democráticos, como coadyuvante de la misión y desarrollo institucional de los mismos, inserta de manera disgregada en cada una de las funciones públicas que desarrolla el Ejecutivo, Legislativo o Judicial, fuera de la configuración clásica de los poderes del Estado de que nos hablara Montesquieu, sino que, por el contrario, a través de la conformación de órganos y entidades autónomas se ha ido estableciendo una función contralora, no solo primordial, sino independiente de la de los otros poderes públicos, lo que nos lleva a establecer un cuarto poder del Estado, el de Control, y que por consiguiente no solo tiene una función colaborativa con el ejercicio de las potestades públicas, sino que constituye un poder, una potestad en sí misma.

\*\*\*

El control no es otra cosa que la extensión del Principio de Juridicidad, en virtud del cual los órganos del Estado deben sujetar su actuar a la Constitución y a las leyes. Siguiendo al profesor Enrique Silva Cimma, diremos que *"el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin*

*democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su amplio sentido es menester la existencia de un sistema que implique garantía de respeto e independencia de su gestión; así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente<sup>1</sup>”.*

La separación de los poderes del Estado, como ya hemos dicho, es uno de los elementos centrales de un Estado de Derecho, indispensable para el resguardo de la Constitución y la Ley. Sabemos que el ordenamiento jurídico tiene su expresión en la ley y fundamentalmente en la Carta Política, que es mucho más que una expresión formal del mismo, sino que se alza como una expresión de desarrollo social, guardiana de los principios del derecho, muy especialmente de la juridicidad y supremacía que ejerce sobre todas las expresiones jurídicas de una nación, pero que además sujeta el actuar de los gobernantes a sus preceptos y postulados. Para la Administración, entendida como gobierno, la Carta Fundamental influye desde múltiples aspectos. Desde luego, es fuente y sustento de la Administración, por cuanto establece la existencia de órganos del Estado cuya función será la del Gobierno y Administración, siendo su entidad máxima el Presidente de la República. Este reconocimiento, como lo señala el constituyente, es la investidura de sus órganos e integrantes, los que deben además ser competentes para actuar, es decir deben estar habilitados por la Constitución para que sus actuaciones sean eficaces en el mundo del derecho, cumpliendo además con las formalidades prescritas. Así, la Constitución va dándole forma, va conformando esa estructura compleja y jerárquica que es la Administración del Estado, remitiendo su organización y funcionamiento principal a una ley de rango constitucional (Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575).

Desde luego la Carta también sirve de sustento a la Administración, en cuanto le confiere las potestades públicas indispensable para que ésta pueda ejercer su función, pero además de manera primordial regula las relaciones de los gobernantes y los gobernados cuando los primeros ejercen dichas potestades públicas, teniendo como limitación los derechos o garantías fundamentales que el propio constituyente ha reconocido y tutelado. De igual forma, la Constitución es generadora de la actividad jurídica de la Administración, al estatuir la existencia de los decretos supremos, reglamentos y demás actos administrativos indispensables para la actividad gubernativa, que como sabemos deben ser dictados bajo la supremacía de la Carta, la que establece los órganos del Estado encargados de velar por que dichas actuaciones administrativas se sujeten al ordenamiento jurídico vigente.

<sup>1</sup> Silva Cimma E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974, página 15.



En fin, la Constitución es garante del principio de juridicidad que como máxima del Derecho Público conlleva que todos los órganos estatales deben sujetar su actuar, su actividad, al orden jurídico que se expresa en la Constitución y en las leyes, haciendo carne la supremacía constitucional contenida en los artículos 6° y 7° de la Carta Política, como expresión señera del Derecho Público chileno: *“ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, más derechos y atribuciones, que los que expresamente les hayan sido conferidos en virtud de la Constitución y las leyes”*.

El constituyente nos muestra con total claridad que incluso las más altas autoridades de la república estarán por debajo del ordenamiento jurídico y no tendrán más poderes o atribuciones que los que expresamente les hayan sido conferidos, es decir, toma fuerza y vigor el antiguo aforismo de que en Derecho Público solo se puede hacer aquello que expresamente autoriza el orden jurídico.

Es en este marco, en que la separación de los poderes del Estado, ideada por Motesquieu con la finalidad de morigerar y limitar el poder absoluto del monarca, como una revelación del poder ciudadano ante el absolutismo y la arbitrariedad de los gobernantes, se transforma en una disgregación jurídica del Estado, que le permite ejercer las funciones que le son propias, y que a modo general son: la función del gobierno y la administración del Estado, que se radica en el Poder Ejecutivo; la función jurisdiccional, de aplicar la ley y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, radicada en los tribunales de justicia; y la función legislativa, encargada de dictar las leyes, radicada en el Congreso Nacional. Estas funciones públicas que permiten el ejercicio de las Potestades del Estado solo tienen sentido y vigencia en el contexto de un Estado de Derecho y democrático, que por consiguiente consagre y proteja los derechos fundamentales del ser humano.

Sabemos, eso sí, que esta disgregación jurídica es meramente funcional, por cuanto el Estado es uno solo, la soberanía es indivisible. Todavía más, los tres poderes no pueden concebirse separados, independientes entre sí, ya que no podrían coordinarse ni cumplir con la finalidad que les es propia, que como nos lo dice la Constitución, debe estar encaminada al bien común.

La teoría clásica de la separación de los poderes del Estado busca el establecimiento de un contrapeso entre los tres poderes que genere un equilibrio entre ellos, cuestión que dadas las complejidades del Estado contemporáneo han quedado desplazadas, especialmente si consideramos el régimen político en que el Estado se desenvuelve, en efecto, en un régimen presidencialista como el chileno, el contrapeso o equilibrio existente entre los poderes públicos se desvirtúa por la preponderancia que adquiere el Ejecutivo en el desarrollo de

la actividad gubernativa, encabezada por el Presidente de la República separándose del Poder Legislativo y del Judicial.

Chile, desde la Constitución de 1833 empieza a adoptar el régimen político presidencialista, lo que genera dificultades con la configuración del Principio de Separación de los Poderes del Estado, especialmente en lo que respecta a los órganos autónomos de control que el propio ordenamiento jurídico ha previsto.

El principio en comento implica el ejercicio de las libertades individuales, transformándose en un derecho humano fundamental, tal como lo establecía la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que en su artículo 16 señala: *"Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución"*.

A este respecto es importante tener en cuenta que solo en las Constituciones de 1822 (artículo 12) y 1828 (artículo 22) se hace referencia expresa a este principio, lo que es bastante poco si consideramos que en Chile han existido diez Constituciones. Sin embargo, esta exigua referencia al principio de separación de los poderes del Estado en nada ha debilitado su fuerza, vigencia y validez en el ordenamiento jurídico chileno.

De igual forma, la importancia de los individuos considerados colectivamente en el seguimiento y evaluación de la actividad gubernativa es cada vez más creciente, la dimensión funcional de la Administración, entendida como el conjunto de actos, acciones o decisiones que adopta la autoridad para la satisfacción de las necesidades públicas, la ciudadanía ejerce un mayor control. Sabemos que las políticas públicas son el punto de comunión entre la autoridad y la sociedad civil, entiéndanse por esta última no solo los partidos políticos, muy importantes por cierto en el desarrollo político e institucional de un Estado, sino también a los grupos de interés, las juntas de vecinos, los gremios, sindicatos, clubes deportivos, en fin, ciudadanía en general. Actualmente, en los Estados contemporáneos la sociedad civil adquiere cada vez más relevancia, prueba de ello es que interviene cada vez más en las decisiones de interés general, produciendo un control ciudadano sobre el actuar de los órganos del Estado, sobre el ejercicio de los poderes públicos, solo por mencionar algunas expresiones de aquello, vemos el avance e importancia de los medios de comunicación, los cada vez más recurrentes plebiscitos comunales, la ley de acceso a la información pública que empodera al ciudadano en el ejercicio de su derecho a petición e información, o la iniciativa popular de ley.

En definitiva, decimos que la teoría de separación de los poderes del Estado se ha visto sobrepasada por un Estado mucho más complejo que ya no sola-

mente busca limitar el poder absoluto generando equilibrios entre las diversas funciones públicas, sino que surgen desde el propio Estado mecanismos de verificación de control, tanto institucionales como ciudadanos, que configuran un nuevo poder que se suma a la concepción clásica de los poderes públicos plasmadas en las épocas libertarias de la independencia de Estados Unidos y de la revolución francesa.

## El control en el derecho público

De acuerdo a lo señalado por Emilio Fernández Vázquez, en su *Diccionario de Derecho Público*, control es “un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)”<sup>2</sup>.

Este control debe ser permanente y diverso, de tal manera de salvaguardar el principio de separación de los poderes del Estado, “estableciendo frenos y contrapesos, lo que incide de modo esencial en la conformación de la democracia constitucional”<sup>3</sup>.

Este control puede ser de diversa naturaleza, clasificándose en base a diversos criterios por la doctrina. En cuanto a la oportunidad en que se realiza, puede ser preventivo o a priori y ex post o a posteriori; de acuerdo a quien realiza el control, puede ser ciudadano o institucional; y para los efectos de este trabajo, el que más interesa es en cuanto al órgano del Estado que realiza este control: podemos distinguir entre control político, administrativo, jurisdiccional o legislativo. En el ámbito administrativo, de amplia discusión doctrinaria, también aparece la distinción entre los llamados controles de legalidad y de mérito o conveniencia sobre el acto administrativo, en efecto, el control de legalidad supone la verificación de la correspondencia del acto de acuerdo a los criterios específicamente señalados y reglados en el orden jurídico, sean en la Constitución, en las leyes o incluso en los reglamentos. Debiendo existir coincidencia objetiva al confrontar la actividad de la administración con dichas normas jurídicas<sup>4</sup>.

Por el contrario, el control de mérito implica el cotejo de parte del órgano contralor (por ejemplo la Contraloría General de la República) de elementos

<sup>2</sup> Fernández Vázquez E. *Diccionario de Derecho Público*, Astrea, Buenos Aires, 1981, página 11.

<sup>3</sup> Cea Egaña J. *El Sistema Constitucional en Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999, página 280.

<sup>4</sup> Ver Silva Cimma E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, página 46.

subjetivos, que apuntan a evaluar la oportunidad y conveniencia del acto emanado de la Administración.<sup>5</sup>

En este mismo sentido y plasmando de ese modo su función integradora y de supremacía en el ordenamiento jurídico, la Constitución se encarga de establecer los principales mecanismos de control, ya sea en el ámbito político (Gobierno, Congreso Nacional, Consejo Regional y Consejo Comunal), en el jurídico-administrativo o de legalidad administrativa (Contraloría General de la República), en el jurisdiccional (Tribunales Ordinarios y Especiales), en el jurídico-constitucional (Tribunal Constitucional) y por último, en el jurídico-electoral (Tribunal Calificador de Elecciones)<sup>6</sup>.

### **Aspectos generales del control político sobre la Administración**

El control político sobre la Administración en nuestro orden jurídico se realiza tanto por la vía institucional, como por la vía no institucional. En este último caso nos referimos al control que desarrolla la ciudadanía al ejercer su derecho a sufragio, votando libre y secretamente por el Presidente de la República, que por mandato constitucional ejerce el gobierno y la administración del Estado. Así de manera informal la ciudadanía además en las elecciones parlamentarias ejercerá un control no formal e indirecto al apoyar o no con su votación a los candidatos de la coalición política gobernante.

De manera institucional el control político sobre la Administración también lo ejerce el propio Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos. En efecto, el Presidente de la República lo ejerce como jerarca máximo de la Administración del Estado, según lo dispone el constituyente en el artículo 24 y lo reitera el legislador en el artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Correspondiéndole a él y a sus colaboradores directos e inmediatos, que son los Ministros de Estado, la evaluación y seguimiento de los planes de gobierno, respecto de los órganos de su dependencia. Lo propio es aplicable al ámbito regional y provincial, en donde los representantes directos del Presidente de la República son los Intendentes y Gobernadores, respectivamente, encargados de ejecutar sus órdenes e instrucciones. Siendo funcionarios de su dependencia, pueden por consiguiente ser removidos cuando dejan de contar con su exclusiva confianza.

En este aspecto es importante considerar que la Administración del Estado, desde el punto de vista de su estructuración, podrá tener el carácter de centralizada

<sup>5</sup> Ver, Soto Kloss E. "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos", en Revista de Derecho Público, N°s 43-44, año 1988, páginas 117 y ss.

<sup>6</sup> Ver Ferrada Borquez J. *Derecho de la Administración Pública. El Principio del Control en la Administración del Estado*. Editorial Conosur, Chile, Santiago, 2001, página 599.

o descentralizada, ejerciendo el Presidente de la República una dependencia o supervigilancia sobre todos los órganos que la integran, resguardando el cumplimiento de las políticas, planes y programas por él definidos, ejerciendo así un control político a través de la designación de los funcionarios de su confianza que integran la Administración, los cuales puede remover cuando en el desempeño de sus funciones dejan de contar con su confianza, materializando así el control político que la propia Administración ejerce sobre sus órganos y estructuras. Lo anterior se hace extensivo a los Ministros de Estado, que ejercen el control y fiscalización en el cumplimiento de los planes y programas de gobierno sobre sus órganos y funcionarios dependientes, materializando sobre ellos también un control político.

Además del Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos, el control político sobre la Administración del Estado también es ejercido de manera institucional por la Cámara de Diputados, a quien por mandato constitucional le corresponde fiscalizar los actos de gobierno. Este control es un control de mérito, por cuanto considera el ejercicio de las funciones de gobierno y administración que les corresponden a los funcionarios y organismos públicos, lo que no es impedimento para que considere en su fiscalización cuestiones de naturaleza jurídica. Sin embargo ese no es el foco principal de su gestión de control.

Un aspecto interesante a considerar es el alcance que este control político tiene en el sentido de que la propia Constitución en el artículo 52 N° 1 nos dice que recaerá sobre los actos de gobierno, por lo que la doctrina ha planteado al menos dos posturas sustantivas de esta expresión. Es así como algunos autores consideran que la labor de fiscalizar los actos de gobierno afectará al Presidente de la República, a los Ministros de Estado, a los órganos creados para el ejercicio de la función administrativa y en general a todos los órganos de la administración centralizada. Otros autores, en cambio, plantean que la expresión actos de gobierno abarcará solo al Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores, como sus colaboradores directos e inmediatos y que realizan funciones de alta dirección en la Administración del Estado, desarrollando además una labor de gestión política. Esta última posición es la que resulta más coherente con la expresión empleada por el constituyente para referirse a actos de gobierno.

Ahora bien, sin entrar en mayores detalles, la Cámara de Diputados cuenta con diversos mecanismos para ejercer su labor de fiscalización sobre los actos de gobierno, algunos de los cuales fueron establecidos en virtud de la Ley N° 20.050 del año 2005, estos instrumentos son: a) la adopción de acuerdos o sugerencia de observaciones; b) la solicitud de antecedentes al gobierno; c) la Interpelación de los Ministros de Estado; y d) la creación de comisiones investigadoras.



## El control jurídico-administrativo

El control que el Estado desarrolla en los ámbitos jurídico-administrativos, especialmente el realizado por la Contraloría General de la República, y en el aspecto jurídico-constitucional, el llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, son a mi juicio expresión manifiesta de la conformación de este nuevo cuarto poder al que preliminarmente hicimos referencia, que es el de Control.

La Administración del Estado, en el ejercicio de su función pública, de gobierno y administración, dispone de los elementos necesarios para que al interior de sus organismos y antes se desarrolle una verificación, un control, sobre la actividad que desempeña. De tal manera que a través de procedimientos administrativos, ya sea de oficio o a petición de parte, se verifiquen e inspeccionen las actuaciones que realiza, ya sea por el propio servicio del cual emanó el acto controlado, o por otra entidad externa de la misma Administración, como es el caso de la Contraloría General de la República.

Siguiendo al profesor Enrique Silva Cimma diremos que control administrativo es aquel *"que se concreta ya a órganos propiamente internos de la Administración o a organismos externos, paralelos o independientes de aquellos y que están llamados a ejercer fiscalización sin forma de juicio o por vía de conocimiento de recursos administrativos no contenciosos, o aun predominantemente de oficio"*<sup>7</sup>.

De lo expuesto resulta, entonces, que el control jurídico de la Administración puede ser de dos clases, un control interno y un control externo.

### El control interno de la Administración del Estado

El control interno es el que desarrolla el propio órgano o ente administrativo que dictó el acto y que realiza una revisión del mismo, ya sea de manera directa o de oficio, a través de sus propios estamentos internos de control, como la unidad de auditoría o contraloría del propio servicio. O, en virtud de un procedimiento administrativo a través de la interposición del recurso de reposición y/o del recurso jerárquico, previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880.

Es importante considerar que con la conformación de estos recursos el legislador establece la vía administrativa para que sea la propia Administración del Estado la que revise si su actividad jurídica se ajusta a la Constitución y a las leyes, es decir, si está sustentada jurídicamente; del mismo modo estos recursos permitirán esclarecer si la decisión de la Administración contenida

<sup>7</sup> Silva Cimma, E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, página 42.

en el acto, es oportuna, conveniente, satisface o no la necesidad pública que se persigue. En definitiva esto dirá relación con las denominadas potestades invalidatorias y revocatorias. La potestad invalidatoria es la atribución que tiene la Administración para dejar sin efecto un acto administrativo que es contrario al orden jurídico, es decir, se opone a la Constitución y a la ley. Por otra parte, la potestad revocatoria implica la atribución de la Administración de dejar sin efecto un acto administrativo que es inconveniente, inoportuno, en definitiva carente de mérito.

El ejercicio de estas dos potestades supone entonces algo a lo que ya nos referimos precedentemente y que ha tenido una lata discusión doctrinaria en cuanto al control de legalidad y al control de mérito de la Administración del Estado.

Ante lo expuesto y solo de manera general me parece interesante remarcar que estas potestades de invalidación y de revocación, al igual que todas las potestades públicas, o también llamadas potestades público-administrativas, para situarlas dentro del espectro jurídico del comúnmente llamado Poder Ejecutivo. Tienen como característica fundamental la de ser naturalmente previstas previamente por el ordenamiento jurídico, es decir, son estatuidas y reconocidas como tales por la Constitución y las leyes, siendo una expresión del principio de juridicidad y, todavía más, una manifestación de la sujeción de la Administración a la Constitución y a las leyes. Es así que estas potestades públicas son genéricas y existen independientemente de su ejercicio por parte de la Administración, en efecto, nadie podría argumentar que el control inspectivo sobre los actos emanados de un determinado servicio público no existe porque no se ejerce, esa facultad está siempre, porque así lo han definido y determinado el constituyente y el legislador, otra cosa es que la Administración haga uso de ella ejerciéndola.

Dicho lo anterior, también es significativo señalar que en especial en el ámbito administrativo muchas veces estas potestades se constituyen en verdaderos poderes deberes respecto de los cuales si bien para la Administración existe la atribución, el ejercicio de la misma es insoslayable, es lo que ocurre, por ejemplo, con el examen de toma de razón que realiza la Contraloría y que en definitiva se constituye como un verdadero poder deber, para verificar y tutelar el respeto al orden jurídico y a la supremacía primero de la Constitución y luego de la ley sobre el acto de la Administración. Examen este al que nos referiremos más detalladamente en las líneas siguientes.

Volviendo a los recursos de reposición y jerárquico, importante es considerar cuáles son los antecedentes normativos de éstos que permiten el establecimiento y desarrollo del denominado control interno de la Administración. Desde luego los artículos 6° y 7° de la Constitución consagran el principio

de juridicidad en virtud del cual los órganos del Estado y naturalmente de la Administración deben sujetar su acción a la Constitución. Del mismo modo, ningún órgano u ente administrativo puede actuar o atribuirse más facultades que las que expresamente le hayan sido conferidas por el orden jurídico. Es decir, el control administrativo, y desde luego el que se desarrolla al interior de la propia Administración, tiene como sustento constitucional los señalados artículos de la Carta Política. Desde el punto de vista legal, estos recursos están estatuidos en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y en la Ley de Procedimientos Administrativos, para ser ejercidos de oficio o a petición de parte.

El recurso de reposición se ejercerá ante el mismo órgano o ente de la Administración que dictó el acto que se pretende sea revisado. En el caso del recurso jerárquico, se busca que el superior inmediato del órgano o entidad que dictó el acto haga una revisión de los alcances y sustentos del acto impugnado, en virtud del deber que tienen las jefaturas de la Administración Pública de ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia, tal como lo previene el inciso 1° del artículo 11 de la Ley de Bases N° 18.575.

Estas vías de impugnación por regla general estarán insertas en el contexto de un procedimiento administrativo en que el particular que se vea afectado por una decisión de la autoridad contenida en un acto administrativo las impetere en los plazos y bajo las formalidades definidas por la Ley N° 19.880. Esta ley establece además que existen ciertos actos que no pueden ser impugnados por la vía jerárquica, por inexistencia de un superior jerárquico inmediato, como es el caso de los actos dictados por el Presidente de la República, los Ministros de Estado o aquellos que emanen de las entidades de la Administración descentralizada. En este caso siempre el afectado podrá recurrir ante los tribunales de justicia, para impugnar el acto administrativo, caso en el cual se extinguirá la vía administrativa.

También en el ámbito de la impugnación, la Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 60 establece el denominado recurso de revisión, que tiene una naturaleza extraordinaria, y que procederá contra actos administrativos firmes, pero siempre que no haya transcurrido más de un año desde que se dictó o estableció por sentencia ejecutoriada la falsedad de los documentos o las irregularidades generadas por el procedimiento administrativo para su dictación, en este sentido la Ley N° 19.880 dispone requisitos taxativos para su procedencia, por cuanto implica una modificación de los derechos de terceros surgidos bajo la vigencia del acto anterior.

Conjuntamente con el control administrativo interno realizado por y ante los propios organismos de la Administración que dictaron el acto administrativo

afecto a control ya sea de oficio o a petición de parte, también el control interno se desarrolla por las denominadas Unidades de Control y Auditoría, radicadas al interior del propio órgano o servicio administrativo, las que colaboran con el superior jerárquico del mismo y con la Contraloría General de la República en el control de juridicidad de los actos que emanen o se dicten por el organismo o servicio donde se encuentran radicadas. Estas unidades se crean en virtud de lo dispuesto en la primera parte del artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que establece lo siguiente: *"Los Servicios sometidos a la fiscalización de la Contraloría General deberán organizar las oficinas especiales de control que determine este Organismo, en los casos y de acuerdo con la naturaleza y modalidades propias de cada entidad..."*.

Del mismo modo el control interno de la Administración se materializa a través de la denominada Auditoría Interna General de Gobierno, que se desarrolla en virtud de la creación en el año 1997 del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, para el seguimiento y verificación de los planes de gobierno en materia de auditoría interna, constituyéndose como un organismo de colaboración del Presidente de la República. En este aspecto es importante precisar que la función de este consejo en nada limita la función que por mandato constitucional y legal desarrolla la Contraloría General de la República, por el contrario el Consejo debe adoptar los criterios y mecanismo de control, señalados por la Contraloría. A mayor abundamiento, la naturaleza de ambos organismos es muy disímil, por cuanto el Consejo es un ente dependiente y asesor del Ejecutivo, para hacer una administración más eficiente y eficaz, por el contrario la Contraloría es un organismo de rango constitucional y de naturaleza autónoma, que vela por el resguardo del patrimonio fiscal y la juridicidad de los actos de la Administración; además realiza, como a continuación veremos, un control administrativo externo, distinto del control administrativo interno realizado por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

En conclusión en el control administrativo interno distinguiremos:

1. El control realizado por el propio ente u órgano administrativo, o servicio público; o el realizado por los afectados por las actuaciones de la Administración, a través de la interposición de los recursos de reposición, jerárquico y de revisión establecidos y regulados fundamentalmente en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 y en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880.
2. El control realizado por la Unidades de Control y Auditoría.
3. El control efectuado a través del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

## El control externo de la Administración del Estado

La Contraloría General de la República se constituye como el primordial organismo de control jurídico de la Administración, entendiéndose por tal, que si bien forma parte de la estructura administrativa del Estado, goza de autonomía, que le es conferida expresamente por la Constitución, tal como lo dispone en el inciso primero del artículo 98: *"Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva"*.

De lo preceptuado se desprende que la Contraloría General de la República desarrolla dos funciones primordiales, a saber:

1. El control de la legalidad de los actos de la Administración, es decir, velar por el respeto al ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado.
2. El control de la legalidad contable de la Administración, es decir, proteger el patrimonio público.

En lo que respecta al control de la legalidad de los actos de la Administración, a la Contraloría le corresponde velar por la vigencia del imperio del derecho, por la juridicidad del actuar de la Administración. Con esta función implica el establecimiento de un sistema que de modo preventivo regula la legalidad de los actos de la Administración fundamentalmente sobre la base de un mecanismo: la emisión de dictámenes y a través del trámite de la toma de razón.

En cuanto a la emisión de dictámenes, la Contraloría General de la República desarrolla una función jurisprudencial, a través de la cual controla el alcance de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la organización y funcionamiento de los servicios de la Administración del Estado. Son estos dictámenes los que conforman la llamada jurisprudencia administrativa, que tienen una naturaleza vinculante para los órganos de la Administración del Estado, por cuanto nos dicen el sentido y alcance de una norma jurídico-administrativa, de esta forma la Contraloría General de la República va uniformando criterios y desarrollando una Administración Pública más eficiente en su gestión.

Respecto al trámite de toma de razón, diremos en términos generales que es un control jurídico previo general y obligatorio que en materia de legalidad y constitucionalidad realiza la Contraloría General de la República respecto de



los decretos supremos, los decretos con fuerza de ley, de las resoluciones y de los reglamentos. Este examen de toma de razón se materializa en un timbre que estampa el Contralor General de la República sobre el acto administrativo a través del cual analiza la adecuación al derecho de las decisiones administrativas, representando su antijuridicidad si la hay disconforme al ordenamiento jurídico sin tomar razón de ellas o representándolas, o tomando razón de ellas si las considera acordes a la Constitución y a las leyes.

En términos generales podemos distinguir diversas características del trámite de toma de razón, así, señalaremos que es de naturaleza preventiva, porque el control se hace con anterioridad a la publicación del acto administrativo, es decir, es a priori, lo que significa que mientras no haya toma de razón, hay sólo un proyecto de acto administrativo.

Relacionada con la naturaleza preventiva de la toma de razón, encontramos otra característica, es la de ser una acción impeditiva, porque si no hay toma de razón, el acto no nace a la vida del derecho, lo que quiere decir que no existirá acto administrativo.

La toma de razón también es irrevocable, ya que la Contraloría General de la República no puede devolverse sobre una decisión expresada en ese trámite o en la representación de un acto administrativo, en efecto, si el acto fue representado posteriormente con nuevos antecedentes por la Contraloría, no quiere decir que haya revocado la representación anterior, sino que hay uno nuevo con nuevos antecedentes por lo que la toma de razón o la representación no pueden dejarse sin efecto.

La toma de razón también es indivisible, ya que el Contralor no puede tomar razón de una parte del acto administrativo y de la otra no. También la toma de razón tiene como característica el ser un poder deber, ya que es atribución que le confiere la Constitución al contralor, de la cual este último no puede excusarse, lo que relaciona a la toma de razón con la competencia, es decir, con la habilitación que hacen el constituyente y la ley para que ciertos órganos del Estado, en este caso la Contraloría General de la República, ejerzan una determinada facultad que no puede dejar de realizarse o ejecutarse. Es decir, la toma de razón se relaciona con el principio de juridicidad, ya que el acto administrativo no puede contravenir la Constitución y las leyes. Y la prevención a esta correspondencia se realiza a través de la toma de razón.

Del mismo modo la toma de razón también se relaciona con la competencia, por cuanto el Contralor cuando realiza dicho trámite debe verificar que el acto administrativo emane de una entidad, organismo, o persona administrativa, habilitada o con atribuciones jurídicas para dictar ese acto, esto es, si esa persona jurídica administrativa es competente para ello.

La toma de razón además tiene como característica el estar inserta en un procedimiento administrativo que supone que el Presidente de la República, al que están confiados el gobierno y la administración del Estado, realizará dichas tareas de acuerdo con la Constitución y las leyes, que él mismo al tomar posesión del cargo ha jurado o prometido guardar o hacer guardar, y que para ello está dotado de una potestad normativa de carácter secundario, que se encuentra subordinada a la Constitución y a las leyes, que es la denominada potestad reglamentaria, que le permite dictar decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la correcta ejecución de las leyes.

En virtud de lo anterior es posible distinguir en el proceso de elaboración de un acto administrativo tres fases, a saber:

*Primera fase*, la constituye la declaración orgánica que un sujeto dotado de potestades públicas emite unilateralmente con el objeto de satisfacer una determinada necesidad pública, esta decisión que aún no se expresa debe exteriorizarse o formalizarse en un acto administrativo.

*Segunda fase*, está constituida por el examen de juridicidad que debe realizar la Contraloría General de la República, a través del cual se pronuncia sobre la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo. Es en esta fase en que se sitúa la toma de razón, o la representación del acto administrativo, si el Contralor considera que es contrario al ordenamiento jurídico.

*Tercera fase*, es la publicación de dicha decisión, lo que permite que sea conocida, cuando esta decisión tenga alcances generales o relevancia para toda la comunidad, procederá la publicación del acto administrativo, o cuando la propia ley así lo ordene. Puede ocurrir que esta tercera fase se exprese en la notificación al interesado o afectado de tal decisión, cuando el acto administrativo tenga efectos particulares o individuales, ya sea como beneficio o como carga o gravamen.

Ahora bien, es importante señalar que no todos los actos administrativos están sujetos al trámite toma de razón, ya que en virtud de una interpretación que la propia Contraloría hace del artículo 10 inciso quinto de su Ley Orgánica Constitucional N° 10.336, el Contralor puede eximir de la toma de razón a ciertos actos que considere no esenciales, que son los denominados actos exentos.

Además de la toma de razón, existen otros mecanismos que verifican la juridicidad de los actos administrativos que también desarrolla la Contraloría General de la República, no obstante, la discusión que sobre ellos se genera respecto de su sustento jurídico y alcances la abordaremos sólo de manera nominal al señalar que son: los controles de reemplazo y la toma de conocimiento.

Previamente señalábamos que las funciones principales que la Constitución le asigna a la Contraloría General de la República, además de velar por la juridicidad de los actos administrativos, función que como hemos visto desarrolla principalmente a través de la emisión de dictámenes y del trámite de toma de razón, la Contraloría también tiene por función primordial el velar por la integridad del patrimonio público, lo que comprende varios aspectos, unos de control contable y otros complementarios a dicha función, pudiendo mencionar el de fiscalizar el ingreso en la inversión de los fondos del Estado, examinar las cuentas de las personas que tienen a su cargo bienes fiscales, llevar la contabilidad general de la nación, efectuar el control sobre los bienes nacionales y la deuda pública, preparar el informe anual de la gestión financiera del sector público, entre otras funciones.

Además de las funciones principales señaladas, la Contraloría General de la República, de acuerdo a la Constitución, a su ley orgánica y otras disposiciones normativas, desarrolla diversas funciones, de las que podemos destacar:

Una función normativa que la Contraloría ejerce por medio de la dictación de resoluciones, en todo lo referente al funcionamiento y organización propia, como entidad u organismo público.

Una función de control disciplinario cuando aplica potestades administrativas sancionadoras directas, como destituciones o censuras por escrito, previo sumario administrativo.

Una función jurisdiccional, en la que actúa como tribunal de cuentas, prevista en el artículo 5° N°3 del Código Orgánico de Tribunales, como una excepción a la competencia general de los tribunales ordinarios de justicia. Esta función jurisdiccional no la ejerce propiamente el Contralor, sino que el Subcontralor, como juez de cuentas de primera instancia, luego puede apelarse ante un tribunal colegiado de segunda instancia ahora sí integrado por el Contralor y dos abogados externos de designación presidencial a propuesta de dicho Contralor.

Una función jurisprudencial, en la cual la Contraloría General de la República dice el derecho, en lo que concierne a la regulación jurídica y funcionamiento de la Administración del Estado, a través de la emisión de dictámenes que tienen un carácter vinculante para los funcionarios públicos y órganos administrativos.

Una función orientadora, ya que respecto de las actuaciones de los servicios de la Administración del Estado, muchos usuarios acuden a ella en busca de información, orientación o de respaldo para una mejor defensa de sus derechos frente a la Administración.

Realizado este breve análisis sobre el control externo de la Administración del Estado desarrollado por la Contraloría General de la República en el marco de las funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye, es importante señalar la plena impugnabilidad que los actos del Contralor tienen ante los tribunales de justicia, lo que se fundamenta en el derecho a la acción que el propio constituyente reconoce en el artículo 19 N° 3°. De igual forma, el establecimiento del recurso de protección ha permitido la impugnación de actos administrativos que amenacen o transgredan derechos fundamentales, pudiendo impetrarse este recurso contra los actos del Contralor General de la República.

Siguiendo a los profesores Bordalí Salamanca y Ferrada Bórquez, diremos que en virtud del establecimiento de un Estado de Derecho todos los órganos del Estado deben someter su actuar a la Constitución y a las leyes, siendo principalmente los tribunales de justicia los llamados a controlar dicho sometimiento, lo que quiere decir que la jurisdicción es la única que puede garantizar eficazmente el Estado de Derecho, con pleno respeto de los derechos de las personas. Esta postura, que parece inobjetable, es necesario analizarla en el contexto institucional que la Constitución le otorga a la Contraloría General de la República como organismo autónomo del Estado, en efecto, el constituyente ha dotado a la Contraloría de una posición exclusiva que pareciera incompatible con un sometimiento total a los tribunales, por cuanto ello podría afectar la separación de los poderes públicos, y del mismo modo no es posible no considera que los actos emanados del órgano contralor, al ser éste último integrante de la Administración del Estado son, siempre impugnables. Ello se vuelve aun complejo en el caso de la denominada toma de razón, la que se encuentra especialmente regulada en la Constitución como una atribución exclusiva de la Contraloría y que su impugnación en caso de rechazo de la toma de razón, a través de la representación, sólo puede ser conocida por el Tribunal Constitucional.

Resulta evidente que esta circunstancia ha derivado en diversas contiendas de competencia entre el Contralor General de la República y los tribunales superiores de justicia, los cuales han tenido que conocer vía recurso de protección impugnaciones de un particular a la toma de razón o a la representación. Sobre esta materia el Senado ha resuelto en todos los casos que la Contraloría es el único órgano competente para tomar razón o representar un decreto o resolución administrativa, pero que ello debe hacerlo en el marco establecido por el ordenamiento jurídico, de este modo, si bien el Senado reafirma el carácter exclusivo de la función constitucional de control de legalidad de la Contraloría, al mismo tiempo condiciona su ejercicio a su plena conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que es un espacio para su impugnación posterior ante los tribunales de justicia. Ello es una muestra palpable y evidencia del desplazamiento del control desde el ámbito administrativo al jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico.

## ¿Procedimiento electrónico?

**Héctor Oberg Yáñez**

Profesor Titular  
Derecho Procesal

**Resumen:** Como lo señala nuestro centenario Código de Procedimiento Civil, se trata hoy en día de dar a las leyes sustantivas “un campo de acción expedito y obtener de ellas todo el fruto que deben rendir, dotándolas de procedimiento adecuados para el ejercicio y salvaguardia de los derechos que con mayor interés procuran amparar. Esta es la necesidad que se trata de llenar”. ¿Cómo?, recurriendo a lo que invade toda actividad actualmente, incluyendo nuestra vida privada, que de tal poco le resta: la electrónica.

\*\*\*

Por cierto que no podía quedar ajena al procedimiento electrónico la administración de justicia, desplazando a Themis y reemplazando la clásica balanza y espada por un computador, notebook o cualquier otro artilugio de esta índole, y que otorga un carácter vanguardista o progresista. Todo este afán electrónico ha llevado a crear una legislación paralela al Código de Procedimiento Civil, arrogándose sus creadores una función que no les compete, que les permite prescindir de la normativa procesal vigente, y que imponen a los justiciables sin ningún miramiento, ¡y trate usted de hacer valer sus derechos!, le dirán que el sistema lo registra así, de este modo, no admitiendo sus alegaciones. Empero, si falla la energía eléctrica o se cae el sistema, ipso facto se paraliza el quehacer, se queda sin administración de justicia. Nada se puede hacer, no hay ningún respaldo que pueda suplir esta inoperancia.

Se ha dicho en más de una ocasión que la justicia tiene que ser rápida y expedita, porque de lo contrario degenera en una mera función burocrática “y que el signo más auténtico de evolución en una sociedad organizada era que el ciudadano tuviera la conciencia íntima de que en cualquier momento podía hallar amparo oportuno a sus derechos”. Siguiendo este orden de ideas, habrá que pensar que todos los autos acordados, instrucciones, reglamentos dictados para hacer efectiva la aplicación de la electrónica por los órganos jurisdiccionales, van tras estos anhelos mencionados. Si se cumplen o no, ya es otra cosa.

Empero, retomando el camino de la electronización, amén de la regulación que ya se ha dado sobre la materia, parece interesante conocer el expediente



electrónico que la Superintendencia de Salud ha establecido para conocer y resolver de los reclamos que afecten a las Instituciones de Salud Previsional y al Fondo Nacional de Salud (llamadas entidades aseguradoras), que se registra en la Circular N° IF/89, de 29 de diciembre de 2008, publicada en el Diario Oficial de 3 de febrero de 2009, y que en las partes pertinentes que interesan, son del tenor siguiente:

- a) Documento electrónico: toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.
- b) Expediente electrónico: documento electrónico compuesto por una serie ordenada de actos, registros y documentos representados en formato electrónico, dispuestos en estricto orden de ocurrencia, de ingreso o egreso en aquél, que corresponde a un procedimiento de resolución.

### **“3.- El expediente electrónico**

#### **Formación del expediente electrónico**

- a) El expediente electrónico se conformará con todos los actos, registros y documentos en formato electrónico relacionados con un procedimiento judicial o administrativo, los cuales se agregarán consecutivamente, provengan del órgano público ante quien se realiza, de otros servicios, de las partes o de terceros.

Para tales efectos, los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos o privados, así como las actuaciones, los documentos y resoluciones del Tribunal Arbitral o de la Autoridad Administrativa, se incorporarán a un Cuaderno electrónico público, debidamente foliado, exceptuándose aquellas piezas o instrumentos que contengan datos personales que deban ser mantenidos bajo confidencialidad, los cuales se agregarán a un Cuaderno electrónico reservado, que tendrá una foliación propia e independiente del expediente electrónico principal.

- a) En el procedimiento judicial se ordenará la formación del expediente en la primera resolución que dicte el Tribunal; mientras que, en el procedimiento de reclamos administrativos, dicha instrucción constará en el acto administrativo que solicita antecedentes a las entidades aseguradoras, agregándose en forma digital a dicho expediente los documentos que se hubieren presentado con anterioridad a la dictación de la referida resolución o acto administrativo.

- b) Las partes y todos los que tuvieren interés podrán visualizar el contenido del Cuaderno electrónico público a través de los medios informáticos que se establecen más adelante, mientras que el Cuaderno electrónico reservado sólo podrá ser examinado en las oficinas de la Superintendencia de Salud.

De cualquier expediente electrónico podrán las partes o cualquier interesado obtener testimonio –íntegro o parcial– o certificado extractado.

- a) El expediente electrónico incluirá registros de la fecha de la recepción o envío del documento o actuación que lo integra, identificando al emisor y al destinatario del documento.
- b) Siempre que se desglosen una o más fojas del proceso, deberá colocarse en su lugar una nueva foja con la indicación del número de piezas desglosadas y la fecha en que ello se realiza.
- c) Los documentos deberán agregarse en formato PDF al expediente electrónico, ello sin perjuicio que esta Superintendencia, a través de instrucciones específicas, determine o autorice el uso de otro formato de almacenamiento de documentos electrónicos.

Si ello no es posible, dichos instrumentos deberán ingresarse directamente en las oficinas de la Superintendencia de Salud, procediéndose a guardarlos en un archivo físico separado, con las respectivas referencias al expediente electrónico.

Si los documentos integrantes de este archivo físico contienen datos sensibles, la consulta de su contenido deberá hacerse directamente en las oficinas de la Superintendencia de Salud, en cuyo caso les serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas especiales que se señalan respecto del Cuaderno electrónico reservado.

- a) El expediente electrónico será válido y producirá los mismos efectos que el expediente en soporte de papel.

### **Acceso y presentación de los documentos a la Superintendencia de Salud**

Durante la tramitación de un reclamo, las partes tendrán acceso permanente al expediente electrónico, a través de los medios informáticos que se describen en la presente circular. Sin perjuicio de lo anterior, y en el caso que proceda la formación del Cuaderno electrónico reservado, las personas autorizadas para

acceder a él, según lo dispuesto más adelante, deberán concurrir a las oficinas de la Superintendencia de Salud para consultarlo.

### **Acceso por parte de las entidades aseguradoras.**

- a) Las comunicaciones que, con ocasión de un reclamo, deban realizarse entre las entidades aseguradoras y la autoridad judicial o administrativa, según corresponda, se realizarán a través de la "Extranet" dispuesta por la Superintendencia de Salud en su portal institucional.
- b) Para todos los efectos se entenderá que el usuario habilitado es el Jefe Superior del Servicio, Gerente General o autoridad máxima de la entidad aseguradora, que tenga facultades suficientes para representarla, quien deberá suscribir la "Declaración de Responsabilidad y Autorización para operar con el Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos", contenida en el Anexo N° 1 de la presente circular.
- c) La entidad aseguradora deberá designar a la o las personas autorizadas para acceder a la "Extranet", como asimismo para recibir el correo electrónico de notificación de las resoluciones judiciales o actos administrativos que se dicten en los respectivos procesos de reclamos, la o las cuales deberán ser habilitadas en el Sistema de Administración de Usuario instalado en el portal web institucional, a través del administrador de cuentas de usuarios que ha sido designado según lo instruido en la Circular IF/N° 15, de 2006, de esta Intendencia.

El administrador de cuenta otorgará a dichos usuarios un "nombre de usuario" (login) y una "clave de acceso" (password) adicional para ingresar al Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos, los cuales serán de su uso exclusivo y, por tanto, su administración interna se efectuará bajo su total y exclusiva responsabilidad.

- a) Será responsabilidad de las entidades aseguradoras ingresar correctamente los datos y mantener actualizada la dirección de correo electrónico de la o las personas que estarán facultadas para acceder a la "Extranet" y/o quien recibirá las notificaciones a que se refiere la presente circular.
- b) A objeto de proveer un mecanismo de acceso eficiente a cada expediente electrónico, las entidades aseguradoras podrán visualizar los reclamos debidamente ordenados por vía de tramitación (derivación, gestión alternativa de conflictos, reclamo administrativo, reclamo arbitral).

A su vez, en cada una de estas vistas se desplegará información relativa al reclamo y la posibilidad de adjuntar, en cada caso, los documentos electrónicos que sean requeridos por el Tribunal o la autoridad administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento de la tramitación electrónica de un reclamo, la entidad aseguradora tendrá la posibilidad de presentar nuevos antecedentes a través del Sistema, de acuerdo a las normas procesales que correspondan.

### **Presentación de documentos por la entidad aseguradora**

- a) La entidad aseguradora deberá presentar los documentos digitalizados en el procedimiento que corresponda, a través de la "Extranet" de la Superintendencia de Salud, ordenando los antecedentes a enviar, de forma tal que, en primer lugar, se encuentren aquellos que pasarán a formar parte del Cuaderno electrónico público y, a continuación, aquellos que contengan información confidencial que debe ser mantenida en reserva en el Cuaderno electrónico reservado.

Integrarán el referido Cuaderno electrónico reservado todos los documentos que contengan datos sensibles, tales como fichas clínicas, certificados médicos, informes médicos, resultados de exámenes, biopsias y licencias médicas.

No se consideran dentro de la categoría antes señalada los documentos que digan estricta relación con la liquidación y/o el cobro de prestaciones de salud.

En aquellos casos que no puedan agregarse documentos en formato PDF (videos, fotografías, etc.) éstos deberán remitirse a la Superintendencia para su archivo físico.

Para diferenciar los archivos que remita la entidad aseguradora a la Superintendencia, éstos deberán clasificarse conforme a la siguiente tipología:

"N° de Ingreso-Año-Código de requerimiento"

Los códigos de requerimiento se adjuntan en el Anexo N° 2 de la presente circular.

- A) Para todos los efectos, la fecha de presentación de los documentos por parte de las entidades aseguradoras a través de la "Extranet" será aquella que se registre al momento de su ingreso en el Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos, administrado por la Superintendencia de Salud.

Asimismo, las presentaciones de documentos y la entrega de antecedentes sujetos a un plazo, deben efectuarse hasta la medianoche del día de su vencimiento.

Las presentaciones que ingresen en días inhábiles se entenderán ingresadas el día hábil siguiente.

Para estos efectos, se considerarán días inhábiles los sábado, domingo y festivos.

### **Acceso por parte del beneficiario**

El beneficiario podrá acceder a conocer el Cuaderno electrónico público a través del portal web institucional, para lo cual deberá ingresar en la sección "Consulte el estado de su reclamo", digitando el número de su cédula de identidad y el número de Ingreso del reclamo.

### **Presentación de documentos por el beneficiario**

El beneficiario deberá hacer todas sus presentaciones ante esta Superintendencia en formato papel, no encontrándose habilitado para efectuar requerimientos ni adjuntar información a través del Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos, en tanto no existan los mecanismos que permitan autenticar la identidad del beneficiario que va a operar con dicho sistema.

Sus presentaciones serán digitalizadas e incorporadas al expediente electrónico, bajo la responsabilidad de la Superintendencia de Salud.

La fecha de ingreso de los documentos que presente el beneficiario será aquella que conste en el estampado de la Oficina de Partes de la Superintendencia de Salud y que queda de manifiesto en el documento posteriormente digitalizado.

Las presentaciones de documentos o antecedentes sujetos a un plazo podrán efectuarse hasta la medianoche del día de su vencimiento. Para estos efectos y atendido que, por mandato legal, la Superintendencia desarrolla sus funciones dentro de un determinado horario, se habilitarán mecanismos que permitan a los beneficiarios hacer entrega de tales documentos una vez concluido el referido horario.

### **Incorporación de los documentos al expediente electrónico**

Las presentaciones efectuadas por las partes ingresarán a un repositorio electrónico, en estricto orden de ingreso, hasta su incorporación efectiva al expediente electrónico propiamente tal.

Una vez incorporado el documento al expediente electrónico, le será asignado un número de folio correlativo.



## **Firma de los actos y resoluciones**

En el Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos sólo contarán con Firma Electrónica Avanzada los actos administrativos y resoluciones judiciales que pongan término al proceso de reclamo respectivo y que den respuesta a los recursos interpuestos por las aseguradoras.

## **Procedimiento para acceder al contenido del Cuaderno electrónico reservado**

- a) Las partes de un reclamo administrativo o arbitral tienen derecho a acceder a todos los antecedentes que forman parte del expediente administrativo o judicial de que se trate. Asimismo, podrán consultar el Cuaderno electrónico reservado el titular de los datos sensibles y las partes.

Las Isapres y el Fonasa deberán individualizar las personas que se entenderán facultadas para que, en su nombre y representación, accedan y consulten el Cuaderno electrónico reservado. Para tales efectos, deberán registrar un listado ante esta Superintendencia, de no más de tres personas, a quienes se les delegue esta responsabilidad, completando el formulario contenido en el Anexo N° 3 de esta circular. Asimismo, las personas designadas deberán suscribir la Declaración de Responsabilidad contenida en el mismo Anexo N° 3. En caso de reemplazo de las personas registradas, la entidad aseguradora deberá hacer llegar el formulario antes señalado con la información actualizada, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de ocurrido el hecho.

En cualquier caso, se deberá acreditar la calidad de autorizado para revisar el referido cuaderno mediante la exhibición de la respectiva cédula de identidad.

- a) El contenido del Cuaderno electrónico reservado sólo podrá ser visualizado y consultado en las oficinas de la Superintendencia de Salud.

Para ello, esta Superintendencia verificará que el solicitante se encuentre autorizado para conocer de dichos antecedentes y otorgará las facilidades de acceso a un terminal computacional para proceder a la revisión del Cuaderno electrónico reservado.

- a) No se permitirá la reproducción de los antecedentes contenidos en el Cuaderno electrónico reservado, sea en formato electrónico, impreso o cualquier otro medio, salvo autorización, previa y expresa, dada por el Tribunal, la Jefatura de la Unidad correspondiente o el Agente Zonal, según sea el caso.

Las solicitudes de copias deberán formalizarse por escrito.

- a) Se dejará registro en el expediente de la persona o personas que hayan tenido acceso al Cuaderno electrónico reservado.

### **Archivo de los expedientes**

El Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos mantendrá un archivo histórico de los procedimientos arbitrales y administrativos que hubieren sido sustanciados por la Superintendencia de Salud, de acuerdo a los plazos legales.

El examen de los expedientes electrónicos archivados y la obtención de copias o testimonios, en forma total o parcial, de los mismos, deberá ceñirse a los protocolos de administración del citado archivo que, al efecto, establezca la Superintendencia de Salud.

### **"4.- La notificación electrónica**

#### **Aspectos Generales**

- a) Los actos administrativos y las resoluciones judiciales que se dicten en los procedimientos de reclamos sustanciados en el Sistema de Gestión Electrónica de Reclamos serán notificados por medios electrónicos, a la casilla de correo especialmente habilitada por la entidad aseguradora y por el beneficiario que haya manifestado expresamente su voluntad de adscribirse a este tipo de notificación, para lo cual este último, deberá manifestar su consentimiento por escrito ante esta Intendencia, a través de los mecanismos y/o formularios especialmente puestos a disposición para estos efectos, hecho del que se dejará constancia en el expediente.
- b) A aquellos beneficiarios que no deseen ser notificados por medios electrónicos, se les notificarán las resoluciones judiciales y los actos administrativos, según sea el caso, por carta certificada o personalmente, de acuerdo a las reglas generales.
- c) Las notificaciones practicadas a través de medios electrónicos tendrán la misma validez y producirán los mismos efectos que las que se efectúen por carta certificada o personalmente.

#### **Reglas particulares de la notificación electrónica**

- a) La Superintendencia dispondrá una casilla de correo electrónico exclusiva para los efectos de remitir las notificaciones electrónicas a las partes, que

contendrá el registro de los despachos exitosos y fallidos. Dicha casilla habilitada en los servidores de la Superintendencia permitirá monitorear el correcto despacho de los correos electrónicos.

- b) Adicionalmente, se habilitará un listado especial relativo a la transmisión de las notificaciones electrónicas efectuadas por la Superintendencia de Salud y que certifica el envío de la misma, en el cual se hará referencia, a lo menos, al destinatario y la fecha de transmisión.
- c) Se entenderá que la notificación ha sido practicada el mismo día en que se hubiere verificado la comunicación electrónica, de tal manera que los plazos establecidos para las partes comenzarán a correr al día hábil siguiente, conforme a las reglas generales.

Para estos efectos se considerarán inhábiles los días sábado, domingo y festivos.

- a) La notificación electrónica deberá identificar los datos del reclamo y la resolución judicial o acto administrativo que se notifica. Además, se adjuntará una copia de la resolución judicial o acto administrativo que se notifica, en formato PDF y las instrucciones para acceder al expediente electrónico, alojado en el portal web de esta Superintendencia.

### Obligaciones de las partes

- a) Será de exclusiva responsabilidad del destinatario mantener su casilla electrónica habilitada, con capacidad suficiente y operativa para recibir las notificaciones electrónicas que se le envíen.

Si el sistema arroja que se ha intentado la notificación, sin éxito, por tres veces, consecutivas o no, se procederá a notificar personalmente o por carta certificada.

- a) La administración por parte de las entidades aseguradoras de la casilla electrónica habilitada para las notificaciones, será de su exclusiva responsabilidad, así como la delegación interna a la persona o personas que podrán tener acceso a ella, no pudiendo fundarse la falta de notificación o su insuficiencia en esta causal.
- b) Con todo, el destinatario se entenderá debidamente notificado de la resolución judicial o del acto administrativo remitido electrónicamente, si efectúa cualquier gestión que suponga su conocimiento sin haber reclamado previamente la falta de notificación o la ineficacia de la misma.

## **“5.- Caso fortuito o fuerza mayor**

En caso que los procedimientos electrónicos regulados en la presente circular no puedan efectuarse por caso fortuito o fuerza mayor fehacientemente acreditados, las partes y el Tribunal Arbitral u órgano Administrativo, según corresponda, podrán realizar todas las actuaciones que conforman tales procedimientos a través de los medios tradicionales dispuestos en las Circulares IF/N° 8, de 2005, e IF/N° 54, de 2007, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.

Evidentemente, no será del caso trasladar el contenido de esta circular sin más, será menester hacer las adecuaciones necesarias desde el punto de vista procesal civil contencioso teniendo en mira los distintos tipos de tribunales existentes en nuestro medio jurisdiccional. Hay, por ende, un esquema que puede permitir llevar adelante esta tan anhelada electronización de la administración de justicia. Así, probablemente, pueda mejorar en algo su desmedrada imagen ante los justiciables, y sostener que ha tenido en mira “la situación del mundo: un mundo intercomunicado, enlazado, empequeñecido por la ciencia” (Daniel Herrendorf). En síntesis, que se han oído los reclamos de la sociedad, agobiada por un normativismo extremo.

# Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal

**Daniel Bernales Errázuriz**

Abogado

**Resumen:** en el Diario Oficial de 17 de octubre de 2011 se publicó la Ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

Estas modificaciones y su tramitación legislativa han sido ampliamente difundidas por la prensa, haciendo uso, probablemente para facilitar la comprensión y alcances de los beneficios, de terminología no siempre adecuada.

\*\*\*

La entrada en vigencia de las modificaciones puede confundir a personas que no participan del ámbito jurídico, especialmente por la utilización de términos repetidos y con alcances diferentes o, incluso, términos un tanto imprecisos, situación que en nada desmerece la iniciativa gubernamental sobre esta materia.

Así, habrá que distinguir entre el postnatal por todos conocido y el postnatal parental, que constituye un nuevo beneficio, aunque no es propiamente un postnatal en tanto descanso puerperal, ya que este último se inicia precisamente al término del primero. Una vez concluido el descanso postnatal, resulta equívoco referirse nuevamente a un permiso postnatal, diferenciándose en dos aspectos: Es un permiso y no un período de descanso y se agrega, con alguna imprecisión, la palabra "parental", ya que el sentido natural de la palabra es perteneciente o relativo a los padres. El permiso postnatal parental es un derecho de la mujer, la que, a su sola voluntad, puede compartirlo parcialmente con el padre. Los únicos casos en que efectivamente es el padre quien tiene derecho al postnatal parental, en forma directa, es por el fallecimiento de la madre o cuando el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial; es decir, cuando la madre por las circunstancias antedichas no ejercerá el derecho.

## 1. Descanso de maternidad

Como planteamiento general se mantiene el descanso de maternidad para las trabajadoras, de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.



Se mantiene así el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo sin modificación en su texto.

Este derecho continúa siendo irrenunciable, debiendo conservarse sus empleos o puestos durante el descanso postnatal y el permiso postnatal parental. Se mantiene igualmente el fuero sólo para el período de descanso postnatal.

## **2. Permiso paternal**

Se mantiene el beneficio consistente en permiso de cinco días al padre en caso de nacimiento de un hijo, sin variaciones en cuanto a la modalidad para hacer uso del mismo.

En caso de encontrarse el padre en proceso de adopción, se le otorgará el permiso de cinco días. Se elimina la referencia a la madre que contenía el artículo 195, modificado por la Ley 20.367, en cuanto al otorgamiento del permiso de cinco días, eliminación que responde a un ajuste de las modificaciones introducidas y no a derogar un beneficio. En efecto, la incorporación de la madre en el artículo 195 inciso segundo por la Ley 20.367 se debió a que el artículo 200 (también objeto de modificación) aludía a la trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses. De este modo, si una trabajadora iniciaba un proceso de adopción de un niño(a) de edad superior a seis meses, no tenía derecho a permiso ni a subsidio. Esta situación, ya corregida por la Ley 20.367, se "ratifica" en esta nueva modificación eliminando la condición de tener el menor menos de seis meses de edad.

Resulta aplicable la doctrina de la Dirección del Trabajo contenida en el dictamen N° 597 de febrero de 2006, en relación al permiso de 5 días para el padre, no obstante las modificaciones legales, respecto de las siguientes materias:

- El permiso que establece la Ley N° 20.047 (inciso segundo artículo 195) no se aumenta en caso de nacimientos o partos múltiples, lo que implica que el padre sólo tendrá derecho a cinco días por tal causa, cualquiera que sea el número de hijos producto del embarazo.
- En el evento de que a la fecha del nacimiento y durante todo el período mensual que lo precede el trabajador beneficiario hubiere estado acogido a licencia médica, no tiene derecho a impetrar, con posterioridad, el aludido permiso.
- El uso del señalado permiso por parte de un trabajador sujeto a un contrato de plazo fijo cuya vigencia expira durante el lapso que éste comprende, no produce el efecto de mantener vigente la respectiva relación laboral,

pudiendo el empleador poner término a ésta por la causal prevista en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo.

- El carácter de "permiso" que presenta el beneficio que nos ocupa implica que el trabajador debe solicitarlo a su empleador o a quien lo represente, no pudiendo éstos condicionar o negar tal petición.
- El permiso en comento constituye un derecho de carácter irrenunciable, lo cual obliga al empleador a otorgarlo dando todas las facilidades necesarias para su oportuno y debido ejercicio.
- El uso de tal derecho no puede implicar para el trabajador, en caso alguno, la pérdida de beneficios o la disminución de sus remuneraciones, por cuanto la circunstancia de que el legislador haya establecido expresamente que se trata de un permiso pagado importa que aquél deberá percibir durante los días que éste comprende los mismos estipendios que si estuviere laborando.

### **3. Fallecimiento de la madre**

El nuevo artículo 195 se refiere al fallecimiento de la madre en el parto o durante el permiso posterior a éste, caso en el cual dicho permiso o el resto de él corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, con derecho a fuero y subsidio.

En el nuevo artículo 197 bis, que trata del permiso postnatal parental, en su inciso séptimo, se vuelve a tratar la situación de fallecimiento de la madre, señalando que el permiso y subsidio a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 197 bis le corresponderán al padre.

Lo que en principio parece un doble tratamiento para una misma situación se despeja si, según entendemos, el fallecimiento de la madre a que alude el artículo 195 se produce en el parto o en el período propiamente de postnatal, en tanto que el fallecimiento a que alude el artículo 197 bis se refiere al período de permiso postnatal parental. En el primer caso (Art. 195) el padre tendrá derecho a fuero y subsidio, en tanto que en el caso del artículo 197 bis el padre tendrá derecho a permiso y subsidio, pero no a fuero.

### **4. Parto prematuro**

Si el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal se aumenta de 12 a 18 semanas.

Esta modificación, sin recurrir a la terminología médica, describe lo que en definitiva se denomina parto prematuro.

Para una mayor comprensión de esta materia que tiene incidencia en el postnatal y en materia de subsidios, recurriremos a las definiciones contenidas en la Guía Clínica 2010 sobre Prevención Parto Prematuro del Ministerio de Salud:

“El parto prematuro es la causa única más importante de morbilidad y mortalidad perinatal, dependiendo el riesgo de muerte o enfermedad de los prematuros del peso de nacimiento y de la edad gestacional al nacer. **La prematurez menor de 32 semanas, que conlleva la mayor morbimortalidad neonatal y la mayor tasa de secuelas, debe ser la que concentre nuestro mayor esfuerzo en lograr disminuirla.**

#### “Mortalidad atribuible al parto prematuro

Excluidas las malformaciones congénitas, el 75% de las muertes perinatales son atribuibles a prematurez. Un RN que pesa menos de 1.500 g. tiene un riesgo de morir en su primer año de vida 180 veces superior al de un RN mayor de 2.500 g. En globo el riesgo de muerte de un prematuro es 20 veces mayor que el de un RN de término

#### “Morbilidad atribuible al parto prematuro

Los RN prematuros presentan un riesgo 17 veces mayor de morbilidad si se compara con los RN de término. Las complicaciones de los prematuros aumentan mientras menor sea su edad gestacional o peso de nacimiento, presentando desde complicaciones leves, como hiperbilirrubinemia, hasta enfermedades graves como EMH, HIC, sepsis, enterocolitis necrotizante (ECN), y, por cierto, secuelas neurológicas. El 50% de las anormalidades neurológicas de la infancia son atribuibles a prematurez, secuelas que incluyen desde anormalidades leves de las funciones cognitivas hasta parálisis cerebral”.

## 5. Parto múltiple

En caso de partos de dos o más niños, el período de descanso postnatal, de 12 semanas, se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

Llama la atención este pequeño incremento. De acuerdo a informes obtenidos en páginas Web (Elemabarazo.net) cuando estamos frente a un **parto múltiple, ya sea de gemelos o mellizos**, la hora y la forma del parto es muy difícil de predecir. Por lo general **el promedio para dar a luz un embarazo**

**múltiple es de 35 a 37 semanas, a diferencia de las 40 semanas que dura la gestación de un embarazo único.** Muchos bebés múltiples nacen de manera prematura y suelen ser muy pequeños, con bajo peso y pocas defensas. Por ello, a veces es necesario que deban ser cuidados en una unidad de cuidados intensivos neonatales, conocida como **UCIN**, hasta que el bebé establezca su temperatura corporal y pueda alimentarse y respirar de manera autónoma. Otros muchos bebés no dependen de un cuidado tan especial al nacer totalmente saludables, necesitando únicamente un control reducido supervisado en una sala de cuidados especiales.

Este hecho, de ampliar en 7 días el postnatal puede ser objetado por las madres de mellizos, gemelos u otros partos múltiples, ya que la dedicación a dos o tres hijos simultáneamente implica un desgaste considerablemente mayor que la atención que requiere un solo hijo.

Cabe hacer notar que en la modificación al artículo 196, si bien se trata de partos prematuros, entiende por tales los que se producen antes de iniciada la 33ª semana de gestación; requisito que, en términos generales, no se cumpliría en el caso de partos múltiples, ya que el promedio de gestación de los últimos es de 35 a 37 semanas.

## **6. Concurrencia de circunstancias**

El nuevo inciso sexto del artículo 196 del Código del Trabajo contempla que cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias establecidas en los incisos cuarto (parto prematuro) y quinto (parto múltiple) de este artículo, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea una mayor extensión.

Con esta disposición no se resuelve efectivamente la situación de partos múltiples que, en promedio, son a la vez partos prematuros, aunque con una gestación mayor a 33 semanas.

## **7. Permiso postnatal parental**

La regla general contenida en un nuevo artículo 197 bis es que las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de 12 semanas a continuación del período postnatal.

Sin embargo se debe considerar que en el caso de parto prematuro, bajo las condiciones contempladas en el artículo 196, el postnatal será de 18 semanas, a las que deben sumarse las 12 semanas del postnatal parental. Es decir, 30

semanas y, en el caso de parto múltiple, a las 12 semanas se sumarán 7 o 14 o más días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

### 7.1. Reincorporación y extensión del postnatal parental

La trabajadora tiene la facultad de reincorporarse a sus labores una vez terminado el postnatal **trabajando la mitad de su jornada**, de mañana o tarde, ya que la disposición legal no distingue, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extiende de 12 semanas a 18 semanas. De este modo, en caso de parto prematuro (art. 196) y reincorporación a mitad de jornada de la trabajadora, puede tener entre prenatal (6 semanas), postnatal (18 semanas) y postnatal parental (18 semanas), 42 semanas (10,5 meses).

La trabajadora, en este caso, percibirá el 50% del subsidio y a lo menos el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, **sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho**. Nótese que las remuneraciones variables no se rigen por el descuento aplicable a las remuneraciones fijas.

Cabe recalcar que no se trata de jornadas parciales de trabajo como las tratadas en los artículos 40 bis y siguientes del Código del Trabajo, a las que también se les aplica estos derechos, sino a trabajar la mitad de su jornada, cualquiera que esta sea.

Recordemos que por "estipendio fijo" la Dirección del Trabajo dispone en Dictamen N° 3662 de agosto de 2010, que los requisitos consistentes en el elemento fijeza y a aquél que exige que el pago del respectivo estipendio responda a la prestación de servicios del trabajador en una jornada ordinaria de trabajo, por ser éstos los que revisten la mayor complejidad para efectuar la calificación de sueldo, tratándose de emolumentos a los que las partes han dado una denominación diversa.

Respecto al primero de ellos, esto es, al carácter fijo del sueldo, es preciso recordar, en primer término, que conforme a la historia fidedigna de la Ley 20.281, el sueldo es por su esencia "el estipendio fijo que percibe el trabajador, por el tiempo de prestación de sus servicios en la empresa, es decir, a la remuneración que tiene como correspondencia la prestación de los servicios en una jornada ordinaria pactada, dejando a otros elementos la compensación por la productividad del trabajador, dicho preliminarmente, si el sobresueldo es la compensación por una mayor jornada que la ordinaria –jornada extraordinaria–, forzoso es concluir que el sueldo es la contraprestación de los servicios prestados dentro de la jornada ordinaria de trabajo. Expresado de otra forma, enfatiza el Ejecutivo, el sobresueldo hace sentido a la jornada extraordinaria, tanto como el sueldo hace sentido a la jornada ordinaria".



## 7.2. Reincorporación y extensión del postnatal parental a trabajadoras excluidas de límite de jornada de trabajo

Las trabajadoras excluidas del límite de jornada de trabajo, de conformidad a lo establecido en el **inciso segundo del artículo 22**, podrán ejercer el derecho a reincorporación y postnatal parental.

No es claro, a nuestro entender, la remisión limitada al **inciso segundo** del artículo 22 del Código del Trabajo, ya que este artículo se refiere a otros trabajadores igualmente excluidos de limitación de jornada:

- Los que se desempeñan a bordo de naves pesqueras;
- Los contratados para prestar servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones;
- Deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas

El nuevo artículo 197 bis intenta resolver la reducción de jornada y el pago parcial de remuneraciones "en los términos de dicho precepto (art. 22 inciso segundo) y conforme a lo acordado con su empleador". En este caso, entonces, no se garantiza a la trabajadora una disminución de horas o tiempo de trabajo ni a lo menos el 50% de su remuneración, sino que hace primar la voluntad de las partes, aun cuando la trabajadora excluida de límite de jornada perciba sólo remuneración fija. Entendemos que a las personas excluidas de límite de jornada no les es aplicable la relación sueldo-jornada de trabajo o remuneración-jornada de trabajo. No obstante, aun así, debió protegerse de alguna manera a la trabajadora, ya que la voluntad de las partes, supuestamente manifestada en forma libre, no tiene en este caso un mínimo. La garantía del ingreso mínimo está fijada para el sueldo, vinculado a una jornada ordinaria y el ingreso mínimo proporcional debe calcularse en relación con la jornada ordinaria.

Debe recordarse, además, el ingreso mínimo diferenciado para menores de 18 años y mayores de 65 años de edad y trabajadores aprendices. Respecto de los trabajadores de casa particular, a partir del 1° de marzo de 2011 se igualó al ingreso mínimo a que alude el artículo 44 del Código del Trabajo.

## 7.3. Aviso al empleador y a la Inspección del Trabajo

Para hacer uso del derecho a reincorporarse a sus labores, por la mitad de su jornada, y para que el padre haga uso de algunas semanas de postnatal parental, con tope de seis cuando ambos padres son trabajadores, la

trabajadora debe dar aviso al empleador mediante carta certificada enviada con a lo menos 30 días de anticipación al término del período de postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo.

Si no se efectúa esta comunicación, y suponemos dentro del plazo establecido en la ley, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental en conformidad a las reglas generales; es decir, sin el derecho a reincorporación.

No se comprende el motivo por el cual se excluyó la posibilidad que la comunicación sea por escrito, **personalmente** o por carta certificada, como ocurre en los casos de despido y de despido indirecto (arts. 162 y 171 respectivamente) y en el artículo primero transitorio de la ley al tratar el caso de trabajadoras que hayan terminado su descanso postnatal con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Cualquier conflicto respecto del envío de la carta certificada o del plazo dentro del cual debe enviarse, deberá resolverse judicialmente, salvo acuerdo directo de las partes o por intermedio de la Inspección del Trabajo, sin que quede claro de quién será cargo el subsidio por el período de discusión y eventualmente las remuneraciones que debió percibir la trabajadora quien asegura haber enviado el aviso con las formalidades legales.

#### **7.4. Excepciones a la reincorporación**

El empleador está obligado a reincorporar a la trabajadora. Ahora bien, el mismo artículo 197 bis considera un caso en el cual el empleador puede negarse a la facultad de la trabajadora de hacer uso del beneficio de postnatal parental. Este caso ocurre cuando la naturaleza de las labores y las condiciones en que la trabajadora las desempeña sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal.

Esta es también una fuente de posibles conflictos. En algunos casos resultará evidente la imposibilidad de reducir la jornada a la mitad, como ocurriría con una piloto de aerolínea comercial, especialmente en vuelos nacionales o internacionales de larga duración. En este caso el derecho de la trabajadora prácticamente deja de existir, más allá de lo que estime el empleador.

También es fuente de conflicto la situación de trabajadoras que prestan servicios en obras o faenas alejadas de centros urbanos. En este caso, al margen de la naturaleza de las labores y las condiciones en que la trabajadora las desempeña, existe un problema práctico: ¿La trabajadora deberá ser transportada día a día desde la faena hasta su domicilio o, al menos hasta el lugar de residencia transitorio, o podrá cumplir su otra media jornada en el campamento de la empresa sin prestar servicios?

Entendemos que la idea del legislador es que la madre o, en su caso, el padre, esté el mayor tiempo posible con su hijo recién nacido. No se trata de un descanso adicional para la madre, ya que este se ha cumplido con el postnatal de 12 semanas.

La negativa del empleador a la reincorporación debe ser fundamentada e informada a la trabajadora dentro de los 3 días de recibida la comunicación de ésta al empleador, mediante carta certificada con copia a la Inspección del Trabajo **en el mismo acto**.

Nos parece una exageración exigir e incluso una imposición imposible de cumplir, el realizar dos acciones en un mismo acto. Debió decirse, al menos, acto continuo o acto seguido.

La trabajadora podrá reclamar de esta negativa ante la Inspección del Trabajo, dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación del empleador. La Inspección resolverá, sin que se fije un plazo para ello y sin que se indique la posibilidad de un reclamo ante los Tribunales del Trabajo. No obstante, por aplicación de las normas generales, contenidas en la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, se contempla el procedimiento para impugnar resoluciones, dictámenes o declaraciones de juicios, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración.

Descartamos aplicar el artículo 504 del Código del Trabajo, ya que la reclamación judicial debe estar considerada en el Código del Trabajo u otro cuerpo legal, hecho que no fue contemplado, según ya dijimos.

## 8. Jornada extendida

Se denomina jornada extendida, quizás impropriamente, a la facultad del empleador de extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias durante nueve días anteriores a Navidad, con las modalidades contempladas en el artículo 24 del Código del Trabajo.

En esta materia caben dos interpretaciones:

- a) que la mitad de su jornada esté referida a la jornada ordinaria pactada en el contrato de trabajo, en cuyo caso se deroga tácitamente este artículo solo respecto del postnatal parental;
- b) Que **la extensión de jornada** siempre ha estado referida a la jornada ordinaria pactada en el contrato individual y, por ende, "la mitad de su jornada" durante esos 9 días debe calcularse considerando la facultad del empleador.

Optamos por la segunda interpretación.

### **9. Jornada ordinaria excedida**

Similar situación se producirá, conforme al artículo 29 del Código del Trabajo, cuando se exceda la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones imposterables en las máquinas o instalaciones.

### **10. Horas extras**

Durante el permiso postnatal parental no hay prohibición de pactar y trabajar horas extras, aunque se aleja del espíritu de la ley, que tiene por objetivo permitir un mayor tiempo de cuidado directo de la madre o del padre con su hijo.

### **11. Jornadas excepcionales**

El Director del Trabajo está facultado en el inciso penúltimo del artículo 38 del Código del Trabajo para autorizar mediante resolución fundada el establecimiento de sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos.

A nuestro entender son aplicables a estas jornadas excepcionales las normas sobre permiso postnatal parental, ya que las modificaciones legales no contemplan excepción alguna al respecto.

Con todo, y salvo la facultad del empleador de acogerse a la excepción a la reincorporación bajo la modalidad de trabajar la mitad de la jornada, resultará difícilmente aplicable este derecho de la trabajadora atendiendo a los sistemas de turnos que habitualmente se encuentran asociados a las jornadas excepcionales y a la secuencia de días de descanso y días de trabajo y a la habitación en campamentos, cuando sea el caso.

### **12. Madre fallecida o padre a cargo del cuidado personal del menor**

En ambos casos corresponderá al padre el postnatal general y el postnatal parental en los términos descritos precedentemente.

### 13. Ambos padres trabajadores

El inciso octavo del nuevo artículo 197 bis se inicia tratando la posibilidad de que el padre haga uso de parte del postnatal parental. Se dice al efecto que "cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la 7ª semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique". Esto significa que si la madre "cede" al padre hasta seis semanas de las últimas siete de postnatal parental, **la madre debe reincorporarse a sus labores habituales a la jornada normal pactada en su contrato de trabajo**. La modificación legal no contempla la posibilidad de que ambos padres hagan uso simultáneamente de estos beneficios.

Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso, darán derecho al subsidio calculado en base a sus remuneraciones y le será aplicable la reincorporación a jornada reducida en los términos ya explicados.

En resumen: si la madre no se acoge al beneficio de reincorporarse por la mitad de su jornada, el permiso postnatal parental es de 12 semanas a continuación del período postnatal de 12 semanas. Si se acoge a este beneficio, el postnatal parental se extiende de 12 a 18 semanas. Estas 6 o 12 semanas de diferencia como máximo son las que, a elección de la madre, pueden ser utilizadas en todo o parte por el padre. De más está decir que el permiso postnatal parental para el padre no es de 6 o 12 semanas, sino que este es su límite, de manera tal que a elección de la madre, el padre podrá utilizar entre una y seis semanas cuando la madre opta por hacer uso de las 12 semanas o un máximo de 12 semanas cuando la madre optó por la modalidad de trabajar la mitad de su jornada. Aquí debe aplicarse la definición de semana como agrupación de siete días, lo que permite concluir que el postnatal parental de que haga uso la madre o el padre no permite fracciones de semanas o de días.

### 14. Uso del permiso postnatal parental por el padre

Se detallan dos situaciones diferentes en el uso del permiso postnatal parental por el padre en el artículo 197 bis:

- Cuando corresponde al padre el uso del permiso en los casos en que la madre no puede ejercer el derecho; fallecimiento y cuidado personal del menor radicado en el padre.
- Cuando, a elección de la madre, el padre hará uso de un máximo de seis semanas a partir de la séptima semana del permiso. En este caso el padre debe dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada a lo menos



con 10 días de anticipación a la fecha en que hará uso del permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de la comunicación debe remitirse dentro del mismo plazo al empleador de la trabajadora.

Aquí se observa cierta inconsistencia en los plazos de los avisos. Para ejercer el derecho de reincorporación por la mitad de su jornada y para "ceder" al padre una o más semanas, según se indicó, **la madre** debe dar aviso **a su empleador** con a lo menos 30 días de anticipación al término del período postnatal, en tanto que al **empleador del padre** se le comunica con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha en que hará uso del permiso.

De este modo, el empleador de la madre, asumiendo que no es el mismo empleador del padre, contará con un amplio plazo para adoptar las medidas necesarias para reemplazar si fuere necesario la mitad de la jornada que la madre no prestará servicios efectivos, como también del hecho que se "cederá" al padre las semanas de postnatal parental ya referidas. El empleador del padre queda en situación desmejorada respecto del empleador de la madre. Adicionalmente debe considerarse que el padre, en este caso, tiene el beneficio de fuero laboral por un período equivalente al doble de la duración del permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo, fuero que no podrá exceder de tres meses. Tampoco existe coherencia entre el plazo de aviso y el inicio del fuero, ya que el aviso debe darse con a lo menos 10 días de anticipación, en tanto que el fuero se inicia exactamente a contar del décimo día anterior a la fecha en que se inicia el permiso. Lo correcto sería que el fuero se iniciara en forma conjunta con el aviso, el que no podría otorgarse con una anticipación superior a determinados día que estableciera la ley.

Aparentemente se otorga fuero al padre durante las semanas que hará uso de postnatal parental, a fin de evitar que el empleador del padre, asumiendo nuevamente que no es el mismo empleador de la madre, reaccione indebidamente ante la comunicación pensando que su empresa no debería verse afectada por el embarazo y nacimiento de un hijo de una madre que no pertenece a la empresa. Es indudable, sin cuestionar este beneficio para el padre, que su empleador y su empresa se verán afectados en algunos aspectos, especialmente atendiendo a la jerarquía del trabajador y las posibilidades de reemplazarlo o adoptar medidas para paliar su ausencia.

## 15. Tuición o cuidado personal de un menor de edad

Se reemplaza el artículo 200 del Código del Trabajo, que otorgaba permiso y subsidio hasta por 12 semanas al trabajador o trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses por habersele otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal.

En la nueva disposición legal se elimina el requisito de tener el menor una edad inferior a seis meses, otorgándose el beneficio de permiso postnatal parental, respecto de cualquier menor de edad; es decir, menor de 18 años. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por 12 semanas.

Al no distinguir este nuevo artículo 200 del Código, el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis debería aplicarse íntegramente; es decir, con la posibilidad de extensión a 18 semanas en caso de reincorporación a mitad de jornada. En este caso no se establece un plazo para comunicar al empleador que se hará uso del permiso.

Adicionalmente se debe observar que el inciso segundo del nuevo artículo 201 establece derecho a fuero por un año contado desde la fecha en que, por resolución judicial, se confíe el cuidado personal o se otorgue la tuición del menor, tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley sobre adopción de menores (Ley 19.620).

## **16. Sala cuna y derecho de alimentos**

Cabe preguntarse si durante el permiso postnatal parental subsiste el derecho a sala cuna y el derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a los hijos menores de dos años. A nuestro entender estos derechos son aplicables durante el permiso postnatal parental cuando la madre hace uso del derecho de reincorporación por la mitad de su jornada, ya que se cumplen los requisitos de los artículos 203 y 206 del Código, en cuanto a dejar los hijos y darles alimentos, respectivamente, "mientras estén en el trabajo".

Cabe recordar que no es aplicable proporcionalidad en la relación tiempo para alimentar al hijo y jornada de trabajo, según lo ha resuelto la Dirección del Trabajo.

## **17. Fuero**

Se excluye expresamente del fuero el período de postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. En consecuencia el fuero continúa aplicándose durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad.

Esta exclusión es relativa, ya que el permiso postnatal parental es de 12 o 18 semanas que se cuentan a continuación del período postnatal, en tanto que

el fuero por maternidad es hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. Es decir, el período de postnatal parental quedará normalmente comprendido dentro del plazo de un año de fuero. Con todo, se refuerza la idea que el postnatal parental no es descanso maternal.

Debe reiterarse el fuero ya señalado para el padre durante el período de postnatal parental.

Se mantiene la normativa referida al caso que por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor se dispusiere el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174.

En el inciso final del nuevo artículo 201, que mantiene la vigencia del subsidio por descanso de maternidad, de descansos suplementarios y de plazo ampliado, además de hacer referencia al "permiso parental" (debiendo decir permiso postnatal parental) se reemplaza la frase "si el desafuero se produjere" por "si el término del fuero se produjere". Parece acertado referirse al término del fuero en lugar del desafuero, ya que el fuero concluye, además del desafuero cuando proceda, por otras causas, como el fallecimiento del hijo.

## 18. Sanción

El empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales.

## 19. Disposiciones transitorias. Extensión de beneficios a quienes estén haciendo uso de pre o postnatal con anterioridad a la vigencia de la ley

**El artículo primero transitorio** dispone expresamente que quienes se encontraren haciendo uso de su permiso **PRE o POSTNATAL** a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, podrán hacer uso del permiso postnatal parental en los términos explicados precedentemente.

A quienes estén haciendo uso de **postnatal** a la fecha de entrada en vigencia de la ley se les aplicará la normas relativas a parto prematuro, parto múltiple y concurrencia de circunstancias explicadas precedentemente.

Quienes hayan **terminado su descanso postnatal** con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, tendrán derecho al permiso postnatal parental,

pero sólo hasta la fecha en que el menor cumpla 24 semanas de edad. Adicionalmente, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores, por la mitad de su jornada, hasta que el menor cumpla 30 semanas. La trabajadora deberá dar aviso a su empleador personalmente, dejando constancia escrita, o mediante carta certificada, en ambos casos con, a lo menos, cinco días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso. Deberá señalar si hará uso del derecho a reincorporarse a sus labores, si corresponde. Además, la trabajadora del sector privado deberá enviar copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo.

### **19.1. Artículo segundo transitorio**

Quienes hayan hecho uso del permiso de doce semanas establecido en el artículo 200, relativo al permiso que se otorga a la trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal, tendrán derecho al permiso postnatal parental. En este caso, el permiso postnatal parental se contará inmediatamente a partir del término del permiso de 12 semanas y se ejercerá sólo hasta la fecha en que el menor cumpla 24 semanas de edad. Adicionalmente, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores, por la mitad de su jornada, hasta que el menor cumpla 30 semanas. La trabajadora deberá dar aviso a su empleador personalmente, dejando constancia escrita, o mediante carta certificada, en ambos casos con, a lo menos, cinco días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso. Deberá señalar si hará uso del derecho a reincorporarse a sus labores, si corresponde. Además, la trabajadora del sector privado deberá enviar copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo.

### **19.2. Artículo tercero transitorio. Licencia médica y subsidio por enfermedad grave de un niño menor de un año de edad**

El artículo 199 del Código del Trabajo, que no ha sido objeto de modificación, dispone el derecho a permiso (licencia médica) y subsidio cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave. La modalidad del otorgamiento de estas licencias se encuentra en el artículo 18 del Reglamento de licencias médicas, que, en lo pertinente dispone:

Las licencias por enfermedad de hijo menor se autorizarán por períodos de hasta siete días corridos, prorrogables por iguales lapsos. Cuando las licencias así prorrogadas sobrepasan de un total de treinta días corridos, el reposo posterior que se conceda podrá extenderse por todo el período que se estime necesario.

Ahora bien, la misma ley en estudio introduce varias modificaciones al D.F.L. N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, que establece

normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.

Una de estas modificaciones es al artículo 25 del D.F.L. mencionado, que, entre otras materias, agrega un inciso segundo, conforme al cual "El subsidio a que se refiere el artículo 199 del Código del Trabajo sólo podrá otorgarse una vez terminado el permiso postnatal parental".

A continuación, el artículo tercero transitorio señala que, quienes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encontraren haciendo uso de licencia por enfermedad grave del niño menor de un año, y éste tenga menos de veinticuatro semanas de edad, podrán seguir haciendo uso de dicha licencia hasta su término, gozando del **subsidio** a que ésta dio origen.

Agrega, finalmente, que mientras se esté ejerciendo este derecho no se podrá hacer uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.

## **20. Derecho irrenunciable**

Si bien en las modificaciones al Código del Trabajo respecto del permiso postnatal parental no se hace referencia a si es un derecho irrenunciable, por aplicación del inciso segundo del artículo 5° del Código se debe concluir que es irrenunciable al disponer: "Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo".

## **21. Vigencia de la ley**

La ley no contempla una fecha o plazo para su entrada en vigencia, por lo cual regirá a partir de su publicación en el Diario Oficial; esto es, el **17 de octubre de 2011**.

– No hemos incluido en este informe los temas relativos a subsidios en general, al derecho a subsidio para las mujeres que a la sexta semana anterior al parto no tengan contrato de trabajo vigente y al permiso postnatal parental de trabajadores independientes, ya que exceden el ámbito propiamente laboral.



# Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?

**Natalia Serón Möller**

Abogado  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Magíster en Derecho  
Columbia University

**Resumen:** El trabajo describe la Protección a la Maternidad antes y después de la Ley N° 20.545, analizándolo según el modelo “*dual earner-dual carer*” de Gornick y Meyers, que busca equilibrar las responsabilidades de hombres y mujeres que trabajan.

\*\*\*

## I. Introducción

Cada trabajador(a) que desea comenzar una familia debe tomar una serie de decisiones para equilibrar tanto sus obligaciones laborales como familiares. En principio, podría argumentarse que estas decisiones deben ser tomadas en el ámbito privado de la familia; sin embargo, las consecuencias que estas opciones acarrearán involucran y afectan a la sociedad como un todo.

Es por eso, que el Estado tiene un rol central en esta materia, pues muchos individuos e instituciones gozan de los frutos que la familia genera sin soportar los costos. La sociedad, a través del Gobierno, tiene al menos dos razones para compartir los costos del cuidado familiar.

1. La primera dice relación con la eficiencia: dado que las capacidades de los niños generan externalidades positivas, la inversión de los privados en los niños caerá bajo los niveles requeridos para generar resultados económica y socialmente eficientes. Las políticas públicas que ayudan a costear la crianza de los niños, como por ejemplo el pre y postnatal, constituyen una importante inversión para las nuevas generaciones.
2. La segunda razón dice relación con la equidad: todos los miembros de la sociedad se benefician de la crianza de los niños, por lo cual, todos y no sólo las madres deben compartir los costos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> GORNICK y MEYERS (2003) pp.14-15.

Desde el punto de vista de la legislación chilena, estas políticas se establecen en relación a la protección a la maternidad en el Código del Trabajo. Según Caamaño, es posible distinguir dos etapas diferentes en la evolución de la normativa que protege a las madres que trabajan: la primera estaba enfocada a proteger a las madres por su condición de mujeres, en el entendido que las mujeres son más débiles que los hombres. Estas ideas están directamente vinculadas con una visión tradicional de distribución de roles en la familia: el padre proveedor y la mujer encargada de la crianza de los hijos.

Esta visión comenzó a cambiar a partir de los años 60 con el incremento en la participación de las mujeres en diversas áreas. La segunda etapa comienza con la adaptación de la legislación chilena a las obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Chile<sup>2</sup>.

Continuando con este proceso, el 28 de febrero de 2011 el Presidente Sebastián Piñera presentó un proyecto de Ley (en adelante el "Proyecto") al Congreso para modificar algunas de las políticas para familias trabajadoras con el objeto de "permitir el mejor cuidado de nuestros hijos e hijas y de la madre"<sup>3</sup>, el cual se convirtió en la Ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, publicada el día 17 de Octubre de 2011 en el Diario Oficial (en adelante la "Ley").

Este trabajo presentará en el Capítulo II el sistema jurídico anterior a la Ley N° 20.545 y las consecuencias de su aplicación en el Capítulo III. Luego, en los Capítulos IV, V y VI se describirán los principales elementos del proyecto de Ley, su discusión en el Congreso y su texto final. Todo lo anterior con el objetivo de analizar y comparar en los Capítulos VII y VIII las políticas contenidas en la Ley con el modelo propuesto por las profesoras Janet Gornick y Marcia Meyers "*dual earner-dual carer*", el cual busca impulsar y reconocer los derechos y deberes de las mujeres y hombres que trabajan tanto en el mercado laboral como en sus familias.

Luego de este análisis, será posible concluir que aun cuando este es un gran paso para la sociedad chilena, todavía queda mucho por hacer para ayudar realmente a los padres y madres a equilibrar sus obligaciones laborales y familiares.

## **II. Régimen de protección para familias trabajadoras anterior a la Ley 20.545**

Este régimen se encuentra consagrado en el Código del Trabajo, particularmente en el Título II de Protección a la Maternidad, artículos 194 y siguientes.

<sup>2</sup> CAAMAÑO (2009), p. 179.

<sup>3</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011) p. 1.

Estos beneficios, derechos y protecciones para familias trabajadoras son: pre y postnatal, fuero maternal, postnatal masculino, el derecho a sala cuna, el derecho de alimentación a niños menores de dos años, y, por último, aquellos permisos especiales relacionados con la enfermedad del hijo.

Para efectos del análisis comparativo con el modelo de Gornick y Meyers, se hará mención también a la jornada laboral, aun cuando esta no se encuentra incluida dentro de este Título.

## 1. Pre y post natal

De acuerdo a lo señalado en el artículo 195 del Código del Trabajo, toda mujer que trabaja –y que cumple con ciertos requisitos– tiene el derecho a un permiso prenatal equivalente a seis semanas anteriores al parto y a un postnatal correspondiente a doce semanas después del él. Estos derechos no pueden ser renunciados bajo ninguna circunstancia, lo que implica la total prohibición de trabajar durante ese período.

Estos permisos pueden ser extendidos en caso de enfermedades relacionadas con el embarazo, en cuyo caso la extensión deberá ser determinada por el médico tratante.

Adicionalmente, las madres trabajadoras tienen derecho a recibir un subsidio financiado en su totalidad por el Estado, el cual les permite mantener sus ingresos durante este permiso. Este subsidio será equivalente a la totalidad de sus remuneraciones con un límite de 66 UF.

Para poder acceder al beneficio, las mujeres trabajadoras deberán cumplir con ciertos requisitos, los cuales varían según si la mujer es trabajadora dependiente o independiente. Las trabajadoras dependientes deben contar con un mínimo de seis meses de afiliación previsional anterior al mes en que se inicia la licencia, y registrar al menos tres meses de cotizaciones, dentro del período de seis meses de afiliación anteriores<sup>4</sup>.

Las trabajadoras independientes deben contar con doce meses de afiliación previsional anteriores al mes en que se inicia la licencia, registrar seis meses cotizados en los últimos doce meses, continuos o no, y estar al día en el pago de cotizaciones<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Artículo 4º, DFL N° 44.

<sup>5</sup> MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO.

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

Este beneficio fue creado para garantizar la estabilidad del trabajo de las madres que trabajan, otorgándoles un periodo en el cual no podrán ser despedidas sin mediar una autorización judicial. Este periodo se extiende por todo el embarazo y finaliza 12 meses después del término del permiso postnatal.

Durante el fuero, el trabajo que la persona beneficiada estaba realizando podrá ser modificado únicamente si sus deberes pueden afectar su salud o la de su hijo.

En el caso de padres adoptivos, este periodo se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe el cuidado personal del menor.

## 3. Postnatal masculino

Este derecho es uno de los grandes avances que han existido en esta materia, siendo el primer reconocimiento legal de la responsabilidad de los padres en el cuidado de sus hijos, alejándose lentamente del modelo tradicional de repartición roles que ha existido en la sociedad chilena, en el cual el hombre es el proveedor y la mujer es la dueña de casa.

Esta modificación al Código del Trabajo fue implementada en septiembre de 2005 por la Ley N° 20.047.

El postnatal masculino otorga a los padres el derecho a un permiso pagado por cinco días, los cuales podrán ser utilizados inmediatamente después del nacimiento de su hijo (sin interrupciones) o ser distribuidos durante su primer mes de vida. Durante estos cinco días el trabajador tendrá derecho a recibir la totalidad de sus remuneraciones, siendo este subsidio de cargo del empleador.

## 4. Derecho a sala cuna

Si bien este beneficio es conocido como el derecho a sala cuna, su redacción dista bastante de establecer un derecho universal, dado que podrá ser exigido únicamente si ciertos requisitos son satisfechos. La obligación de crear o financiar una sala cuna recae sobre para todas aquellas empresas que tengan más de 20 trabajadoras (sin importar su edad o estado civil). Adicionalmente, este beneficio es únicamente para madres de niños menores de dos años.

El empleador tiene la opción de elegir si establece una sala cuna en sus dependencias (o en conjunto con otras compañías) o si paga directamente por los

<sup>6</sup> Artículo 201 del Código del Trabajo.

gastos incurridos a prestadores de servicios externos. Ambas opciones deben ser financiadas en su totalidad por el empleador.

En la práctica, dado que este derecho está sujeto al número de mujeres empleadas y este, a su vez, depende directamente del empleador, no es preciso señalar que existe un derecho a sala cuna en Chile, siendo muy común que el empleador trate de evadir esta obligación, por ejemplo, contratando sólo 19 mujeres<sup>7</sup>.

El Gobierno de Chile, por su parte, creó en septiembre de 2009, a través de la Ley 20.379, el sistema intersectorial de Protección Social, institucionalizando el Programa Chile Crece Contigo. Dicha ley establece que los niños y niñas se integran a Chile Crece Contigo desde su primer control de gestación en el sistema público de salud, y son acompañados y apoyados durante toda su trayectoria de desarrollo hasta que ingresan al sistema escolar.

Adicionalmente, se establecen garantías de acceso a ayudas técnicas, salas cuna, jardines infantiles, y a Chile Solidario a aquellas familias en situación de mayor vulnerabilidad. Así mismo, se establece un acceso preferente de las familias a toda la red de servicios y prestaciones sociales del Estado (PROGRAMA CHILE CRECE CONTIGO).

## 5. Alimentación del niño menor de dos años

En conformidad con el artículo 206 del Código del Trabajo, las madres trabajadoras tienen derecho a una hora dentro de la jornada laboral para alimentar a sus hijos menores de dos años. Para efectos remuneracionales, este tiempo es considerado como trabajado, siendo de cargo del empleador.

Esta facultad puede ser ejercida de diferentes maneras: (1) en cualquier momento durante la jornada de trabajo. (2) Dividiéndolo en dos periodos. (3) Posponiendo o avanzando el comienzo o el término de la Jornada Laboral.

El ejercicio de este derecho dependerá también de si la trabajadora tiene que viajar o no para alimentar a su hijo. Si tiene que hacerlo, el tiempo de viaje no será contabilizado dentro de la hora que le corresponde y se entenderá como tiempo trabajado.

Dadas las alternativas que existen para hacer uso de este derecho, es posible afirmar que su fin más amplio es facilitar la conciliación del trabajo con las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> CAMMAÑO (2007) p. 191.

<sup>8</sup> CAMMAÑO (2009) p. 203.



## 6. Otros permisos

Estos permisos están relacionados con la enfermedad grave del hijo menor de un año o de aquel menor de 18 años.

En el primer caso<sup>9</sup>, la madre trabajadora gozará de los mismos derechos que le corresponderían si estuviese con permiso pre o postnatal, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores. Durante este periodo tendrá derecho al pago de un subsidio equivalente al 100% de sus remuneraciones con el límite de las 66 UF.

Si ambos padres están trabajando, la madre tendrá la opción de elegir quién va a tomar el permiso. Esta es otra de las medidas que junto con el postnatal masculino tratan de cambiar el modelo tradicional de la familia, dando a los hombres la oportunidad de participar más activamente en el cuidado de los hijos.

En el segundo caso, de acuerdo al artículo 199 bis del Código del Trabajo, para poder acceder al beneficio el menor deberá haber tenido un accidente grave o una enfermedad terminal. El padre o la madre tendrá un permiso equivalente a 10 jornadas laborales al año, las cuales podrán ser distribuidas en jornadas completas, parciales o una combinación de ambas por el interesado. Las horas que el trabajador(a) utilice con este propósito deberán ser recuperadas trabajando horas extraordinarias, compensando días de las vacaciones o en la forma que las partes establezcan.

## 7. Jornada laboral

Aun cuando la jornada laboral se encuentra regulada fuera del título relativo a la Protección a la Maternidad, esta institución tiene relación directa con las políticas que ayudan a equilibrar el trabajo y los deberes familiares.

En Chile la jornada laboral es de 45 horas semanales, por lo cual, todo lo que se trabaje por sobre este límite es considerado como horas extraordinarias. Sin embargo, existe una excepción a esta regla para los gerentes, administradores, personas que trabajan sin supervisión directa, personas contratadas para trabajar desde su casa o desde un lugar diferente al de la compañía, entre otros.

En relación al trabajo *part-time*, la Dirección del Trabajo en su sitio web ha señalado que "nuestra legislación laboral no contempla la modalidad de contratación *part-time* de un modo independiente, sin perjuicio de lo cual, el

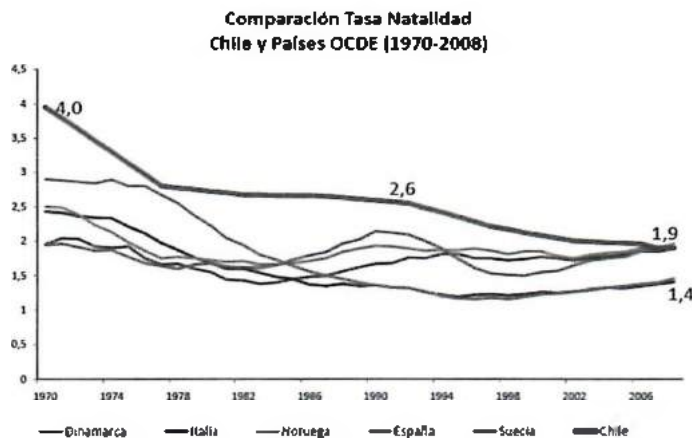
<sup>9</sup> Artículo 199 del Código del Trabajo.

Código del Trabajo contempla la posibilidad de pactar contratos de trabajo con jornada de tiempo parcial, que son aquellos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a 30 horas semanales”.

### III. Efectos por la aplicación de estas normas previo a la Ley 20.545.

La aplicación práctica de estas normas ha acarreado una serie de problemas que deben ser solucionados. Algunos de ellos han sido expresamente mencionados en el Mensaje Presidencial.

- Disminución de la tasa de natalidad. Actualmente las mujeres chilenas tienen 1,9 hijos en promedio, lo cual es claramente menor a la tasa de 2,1 necesaria para renovar a la población<sup>10</sup>. Al mencionar este hecho en el Mensaje, es posible asumir que se busca aumentar la natalidad a través de la creación del permiso postnatal parental en Chile.<sup>11</sup>



- El tiempo que se establecía para pre y post natal no es suficiente. Las madres debían volver a trabajar cuando el hijo(a) tiene sólo 12 semanas de vida, hecho que afecta una serie de factores necesarios para un sano desarrollo, como por ejemplo el amamantamiento y el apego. Sólo un 14% de las madres que trabajan fuera del hogar mantienen la lactancia exclusiva de los niños hasta los seis meses, versus el 55% de las que se quedan en la casa, quienes sí la mantienen (MENSAJE PRESIDENCIAL, 2011, p. 7). El Mensaje, por su parte, establece de manera expresa que “de acuerdo a estudios médicos, una condición necesaria para una salud óptima de los menores,

<sup>10</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011) p. 2.

<sup>11</sup> MATTHEI (2011) p. 2.

es que tengan lactancia materna durante sus primeros seis meses de vida" (MENSAJE PRESIDENCIAL, 2011, p. 7).

- Muchas mujeres tratan de aumentar el tiempo que pueden pasar con sus hijos a través de licencias médicas falsas, mediante el uso indebido del permiso por enfermedad, grave del niño menor de un año. La Superintendencia de Salud ha señalado que un 57% de los niños cuyas madres han utilizado la licencia padecen de reflujo gastroesofágico<sup>12</sup>, porcentaje que puede ser contrastado con la tasa internacional (para casos graves) de la enfermedad, que asciende a un 0,3%<sup>13</sup>. Revisando otras estadísticas en la materia, Francisca Dussailant señala que por todos los subsidios que fueron otorgados en el año 2007, en promedio cada niño que nació ese año estuvo enfermo alrededor de 63 días<sup>14</sup>.

Es posible extraer una consecuencia social de esta situación: mujeres de altos y medianos ingresos tienen más oportunidades de encontrar un doctor que les otorgue este tipo de licencias; afirmación que puede ser comprobada por el gráfico que se presenta a continuación "Tasa de Incapacidad Laboral por concepto de subsidio por enfermedad grave del niño menor de un año"<sup>15</sup>.

CUADRO N° 6: TASA DE INCAPACIDAD LABORAL POR CONCEPTO DE SUBSIDIO POR ENFERMEDAD GRAVE DEL NIÑO MENOR A UN AÑO (MENS 2002)

Año	Fonasa	Isapre	Total
1991	0,3	1,0	0,6
1992	0,4	1,0	0,6
1993	0,4	1,0	0,7
1994	0,5	1,1	0,8
1995	0,6	1,4	1,0
1996	0,7	1,8	1,2
1997	0,9	2,2	1,5
1998	1,2	3,1	2,1
1999	1,8	3,8	2,6
2000	2,1	4,9	3,0
2001	2,6	5,6	3,5
2002	2,7	6,5	3,7
var. 91-02 (%)	697	573	569

Fuente: Superintendencia de Seguridad Social, Superintendencia de Isapres.

De acuerdo a este cuadro, la mayoría de los subsidios fueron otorgados a través del sistema privado. Es importante tener en cuenta que el grupo más

<sup>12</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011), p. 8.

<sup>13</sup> DUSSAILANT (2009) pp. 183-185

<sup>14</sup> DUSSAILANT (2009) p. 184.

<sup>15</sup> TOKMAN et al (2004) p. 232.

fértil tendrá mayores probabilidades de tener un hijo gravemente enfermo, por lo que naturalmente las madres de este grupo pedirán más días de licencia que las del grupo menos fértil (sin ser eso indicio de fraude). A menor nivel socioeconómico la fertilidad tiende a incrementarse (un examen preliminar de la CASEN 2006 nos indica una fertilidad promedio de 2,1 para las madres del quintil I y 1,5 para las del quintil V, si consideramos a las madres menores de 60 años y sólo a los hijos que habitan con ellas). Por tanto, deberíamos esperar que en ausencia de fraude las integrantes de FONASA usarían más este tipo de licencias que las cotizantes de Isapre. La realidad descrita en el cuadro corresponde exactamente a lo contrario<sup>16</sup>.

- El 68% de las licencias por enfermedad grave del hijo menor de un año se otorgan entre el tercer y el sexto mes de vida del hijo, es decir, la mayoría de ellas se otorga inmediatamente después de terminado el permiso postnatal, mecanismo que permite llegar a un postnatal extendido de cinco meses y medio (en promedio). (COMISIONES, 2011, p. 24).
- Las bajas tasas de participación laboral femenina (un 42%<sup>17</sup>) junto con las precarias condiciones y la informalidad del trabajo femenino hacen que sólo un tercio de las mujeres trabajadoras sean beneficiarias de este privilegio. La razón por la cual se produce este fenómeno puede explicarse porque estos subsidios están directamente vinculados a la afiliación y contribución al sistema de salud. En el siguiente cuadro<sup>18</sup> es posible encontrar los porcentajes de madres beneficiarias de acuerdo a sus niveles de ingreso; lo cual deja en manifiesto el carácter regresivo de este subsidio, en donde el 52% del dinero va a familias de altos ingresos y sólo un 14% a familias de bajos ingresos, siendo evidente que son este tipo de familias las que encuentran más problemas para tener y mantener un trabajo estable.



<sup>16</sup> DUSSAILLANT (2009) p. 185. Nota al pie número 11.

<sup>17</sup> MATTHEI (2011) p. 10.

<sup>18</sup> MATTHEI (2011) p. 12 citando Encuesta CASEN 2009 MIDEPLAN.

- Con el sistema actual de fuero maternal es muy difícil utilizar los contratos de plazo fijo o por obra o faena determinada<sup>19</sup>. Si la trabajadora queda embarazada durante el transcurso de este tipo de contratos, ella seguirá gozando de fuero maternal aun cuando el plazo haya expirado, por lo cual habrá que recurrir a la autorización judicial para terminar la relación laboral, hecho que encarece los costos y promueve la contratación de hombres en este tipo de tareas.
- El derecho a sala cuna no es de uso común, pues, como ya fue mencionado con anterioridad, muchos de los empleadores evaden la obligación contratando menos de 20 trabajadoras. La conveniencia de que este sea un deber del empleador es discutible, pues desincentiva la contratación de mujeres, incrementa los costos y además es una política que olvida que la crianza de los hijos es un deber de ambos padres y no sólo de la madre.
- La diferencia en los costos es clave en esta materia. El empleador, al momento de contratar, puede realizar el siguiente análisis: contratar a un hombre por el ingreso mínimo a la fecha equivalente a \$182.000, mientras que contratar una mujer por el ingreso mínimo más el costo estimativo asociado a la sala cuna asciende a la suma aproximada de \$332.000<sup>20</sup>.

#### **IV. Proyecto de ley**

El proyecto de ley fue creado por moción del Presidente de la República Sebastián Piñera, con el objetivo de cumplir con una de las promesas hechas en su Campaña Presidencial el año 2009. Fue enviado al Congreso el día 28 de febrero de 2011.

##### **A. Objetivos**

Los objetivos del proyecto de ley son:

- Garantizar el mejor cuidado de los hijos.
- Permitir que más madres accedan a los beneficios de protección a la maternidad.
- Aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011), pp. 10-11

<sup>20</sup> MATTHEI (2011) p. 6

<sup>21</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011) pp. 11-14.



Es importante señalar, para objetivos del análisis, que no hay una declaración explícita dentro de los objetivos que involucre mejorar la igualdad de género en el mercado laboral, lo único que se menciona es que debe aumentarse la participación masculina en la crianza de los hijos. Lo mismo ocurre en relación con la idea de evitar o prevenir la discriminación laboral femenina, elemento que no es considerado como un propósito en sí, sino como parte de las consecuencias del tercer objetivo.

Adicionalmente hay sólo una pequeña mención respecto de la posibilidad de elección de las familias en estas materias: "Si bien existe un acuerdo sobre la importancia de la familia como núcleo principal de la sociedad, desgraciadamente cada vez entregamos menos atribuciones a las familias para decidir sobre el cuidado y crianza de sus hijos" (MENSAJE PRESIDENCIAL, 2011, p. 13).

Uno de los objetivos adicionales que ha sido mencionado tanto en la prensa como en conferencias sobre la materia (la Ministra Matthei hace clara referencia a este objetivo en el seminario del Centro de Estudios Públicos) es que a través de estos cambios se busca impulsar la superación de la pobreza entre las mujeres, lo cual tiene directa relación con su participación en el mercado laboral.

De acuerdo a la encuesta CASEN 2009, en Chile se registró un aumento del 14 al 16% de las mujeres en situación de pobreza. Esto significa que, actualmente, casi un millón 400 mil mujeres se encuentran en estas circunstancias y, de ellas, casi el 40% no tiene trabajo (CÁMARA, 2011a).

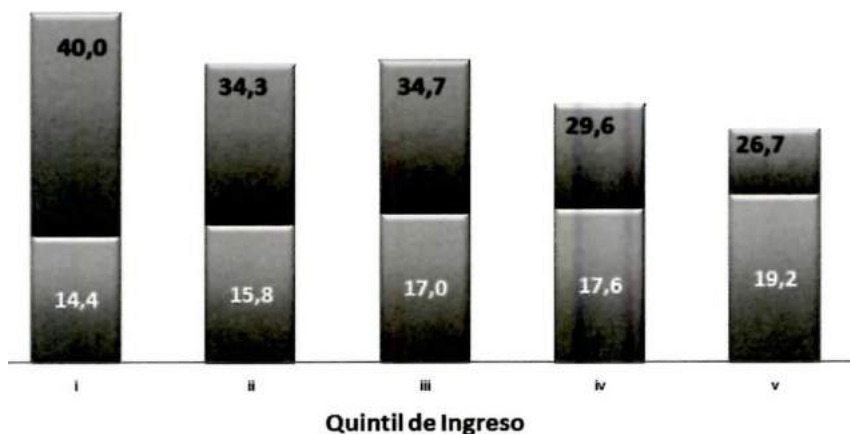
Los antecedentes de la encuesta confirman la cruda relación que existe entre empleo y pobreza. Para las mujeres la tasa de desocupación es mayor que la de los hombres, que no alcanza el 50%.

De acuerdo a este estudio, serían tres los factores que están feminizando la pobreza en Chile: el debilitamiento de la familia, lo que aumentaría el nivel de vulnerabilidad de una mujer y sus hijos; el alto nivel de desempleo femenino; y la imposibilidad de conciliar el cuidado de los hijos con la rigidez del mundo del trabajo (CÁMARA, 2011a).

En el siguiente cuadro<sup>22</sup> se compara la relación entre los porcentajes de mujeres que son jefas de hogar y que participan o no en el mercado laboral. En el primer quintil, el 25,6% de las mujeres son jefas de hogar aun cuando no están participando en el mercado laboral.

<sup>22</sup> MATTHEI (2011) p. 3.

- % de hogares con jefe de hogar mujer y que participa en el mercado laboral
- % de hogares con jefas de hogar mujer



## B. Contenido

El proyecto de Ley no hará modificación alguna que perjudique el sistema actual de pre y postnatal, dado que son considerados "derechos adquiridos" que deben ser protegidos y respetados<sup>23</sup>. Los principales cambios son:

### *Nuevo sistema de permiso parental*

Este periodo comienza a regir justo después de terminado el beneficio del postnatal, y podrá ser usado tanto por la madre como por el padre, teniendo la madre la opción de escoger quién será el que tome el beneficio. El permiso parental será equivalente a doce semanas, de las cuales seis de ellas podrán ser usadas por el padre a partir de la sexta semana del permiso. La madre tendrá el derecho de traspasar hasta dos semanas del periodo prenatal al postnatal en caso de contar con expresa autorización del médico tratante.

Durante este periodo la madre (o el padre cuando correspondiere) recibirá un subsidio que cubrirá el 100% de sus remuneraciones con un tope de 30 UF, lo cual corresponde a una disminución salarial de alrededor de un 50%. La explicación otorgada en esta materia es: "si bien el ideal es que este nuevo subsidio financie completamente las remuneraciones de todas las mujeres trabajadoras, en la práctica ello no es posible. Hay recursos escasos y que deben

<sup>23</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011) p. 14.

ser distribuidos de la mejor forma posible, evitando que la entrega de este nuevo subsidio incremente aún más la regresividad de los subsidios maternos” (MENSAJE PRESIDENCIAL, 2011, p. 15). Adicionalmente, y de acuerdo a la Ministra Directora del SERNAM, este tope “cubriría al 83% de las madres trabajadoras de nuestro país” (COMISIONES, 2011, p. 26).

Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del DFL N° 150 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social<sup>24</sup>.

De acuerdo a Janet Gornick y Marcia Meyers, es importante establecer límites altos en los subsidios, de manera tal que exista un incentivo a tomar el beneficio para todos los estratos sociales<sup>25</sup>. Por lo tanto el problema es balancear la escasez de recursos y la oportunidad de otorgar el beneficio de manera eficiente al mayor número de padres posible, aun cuando los subsidios sean financiados por el Estado.

Las beneficiarias podrán trabajar en jornada reducida durante este periodo si su remuneración no es completamente cubierta por el subsidio. Sin embargo, la cantidad de dinero que pueda recibir por el subsidio y el trabajo adicional que realice no podrá ser superior al promedio de las tres últimas remuneraciones.

La razón de esta autorización es, según la Ministra del Trabajo, para dar a las mujeres con trabajos más especializados o calificados la posibilidad de mantener su posición y contactos en el trabajo, de manera tal de no perder oportunidades de ascenso por sus obligaciones familiares<sup>26</sup>.

### *Enfermedad del niño menor de un año*

Este permiso puede ser usado después del término de los permisos pre y postnatal con la nueva extensión. Sabiendo que hay diferentes tipos de enfermedades que afectan a los infantes, se crea una distinción entre enfermedades graves y gravísimas.

En el caso de las enfermedades gravísimas se mantiene el sistema de subsidios que corresponderían en el caso de pre y postnatal. Tratándose de enfermedades graves el subsidio tendrá un límite de 30 UF con copago escalonado de acuerdo al tramo del ingreso de la madre<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Id. p. 20.

<sup>25</sup> GORNICK Y MEYERS (2003) p. 123.

<sup>26</sup> MATTHEI (2011) Audio.

<sup>27</sup> MENSAJE PRESIDENCIAL (2011) p. 16.

Para evitar fraude y la presentación de falsas licencias médicas, los médicos tendrán un deber legal de dar un informe detallado, justificando las razones por las cuales debiera otorgársele la licencia.

### **C. Fuero**

Reconociendo la actual situación de la mujer en el mercado laboral, este beneficio se mantendría, pero con algunas modificaciones. El fuero no se extenderá por la creación del permiso parental; seguirá comenzando con el embarazo, pero concluirá después de un año del nacimiento del niño.

Además, el beneficio coincidirá con la duración de los trabajos temporales o por obra o faena, de manera tal que no sea necesaria la autorización judicial en este caso.

En caso que el padre haga uso del permiso parental también gozará de fuero laboral por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del fuero. En este caso, la duración del fuero de la madre se reducirá en el equivalente al periodo de fuero ejercido por el padre.

Si el término del fuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal o del permiso parental, continuará percibiendo el subsidio hasta la conclusión del periodo de descanso o permiso.

### **D. Alimentación del niño menor de dos años.**

No gozarán del derecho a dar alimentos aquellas madres trabajadoras cuya jornada sea parcial, o aquellas que hayan optado por volver a sus trabajos durante el permiso postnatal parental.

### **E. Ampliación de la cobertura del subsidio**

Se modifican los requisitos para recibir el subsidio con el propósito de cubrir a los más pobres del país, y para incluir, además, a quienes trabajan *part-time* o por contrato a plazo fijo.

Los requisitos necesarios para incluir a este tipo de trabajadoras son:

1. Integrar un hogar perteneciente al 20% más pobre de la población.
2. Tener doce meses de afiliación previsional antes del embarazo.
3. Tener ocho o más cotizaciones, continuas o discontinuas, en los 24 meses anteriores al embarazo.

4. Que su última cotización haya sido en virtud de un contrato a plazo fijo, o por obra o faena, dentro de los cuales se entienden incorporadas las trabajadoras agrícolas de temporada (MENSAJE PRESIDENCIAL, 2011, pp.17-18).

#### **F. Adopción**

La trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente el cuidado personal dentro de un procedimiento de adopción, tendrá derecho al permiso postnatal parental y al subsidio correspondiente. La razón entregada para la extensión de este beneficio fue que: "Hoy en Chile el 77% de los niños adoptados tienen más de 6 meses al momento de la adopción (SENAME, 2010). Se trata de menores que, sin ser recién nacidos, por la especial situación en la que se encuentran, es necesario que pasen un periodo de adaptación junto a sus nuevos padres, construyendo lazos de apego y cuidado". (MENSAJE PRESIDENCIAL, 2011, p. 14)

Por su parte, si el adoptado tiene menos de seis meses, serán aplicables también los permisos de pre y postnatal.

#### **G. Entrada en vigencia de la ley y sus efectos<sup>28</sup>**

Una vez que la ley haya sido publicada en el Diario Oficial, se la considerará como vigente para todos los efectos legales. Los beneficios serán aplicables a todas las madres que estén haciendo uso de su descanso de maternidad, incluyendo a aquellas que se hayan reincorporado a sus trabajos, siempre que el hijo tuviere menos de 24 semanas de edad.

Aquellos que estuvieren haciendo uso del permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año, se seguirá aplicando el régimen hoy vigente, pero una vez vencida la respectiva licencia, si se otorga una nueva, esta deberá sujetarse a las nuevas normas.

### **V. Tramitación en el Congreso**

Desde su presentación, y durante su tramitación en el Congreso, el proyecto de ley tuvo múltiples puntos de discordia. Si bien todos consideran que legislar sobre el permiso parental es un avance para nuestro país, al entrar en detalle de cómo debiera ser este permiso (su flexibilidad, financiamiento, u otras características) se generan diferencias. El objetivo de este capítulo es presentar algunos de los temas de mayor controversia de este proyecto y las potenciales soluciones que fueron discutidas.

<sup>28</sup> COMISIONES (2011) p. 29.



## 1. Tope de 30 UF

Uno de los temas que ha generado mayor controversia ha sido el establecimiento de un tope en las remuneraciones en el caso del permiso postnatal parental de 30 UF. En este punto, las opiniones fueron bastante divergentes.

Por una parte, y como se señaló anteriormente, se ha indicado que este tope se creó porque los recursos fiscales son escasos y por lo tanto deben ser bien focalizados, aun más si se tiene en cuenta la regresividad que ha presentado este subsidio. A este respecto, la Ministra Directora del SERNAM ha señalado que "esta reducción busca no seguir incrementando la regresividad que este [subsidio] tiene. Actualmente el 52% de los recursos van a las madres del quinto quintil, es decir, el de mayores ingresos, y sólo el 5% se destina a las madres del primer quintil" (COMISIONES, 2011, p. 49).

Adicionalmente, otro de los argumentos que fue recogido en la discusión, es que el 83% de las mujeres trabajadoras tienen remuneraciones iguales o inferiores a 30 UF, por lo cual un alto porcentaje se encuentra cubierto dentro de este tope.

Sin embargo, es posible considerar este límite como discriminatorio de la clase media, pues aquellas personas que ganan por sobre 30 UF se ven perjudicadas por la disminución en sus remuneraciones, razón por la cual se les desincentiva el uso del permiso, situación que resulta aun más crítica en el caso de hogares en que las mujeres son jefas de hogar.

En cuanto a su tramitación legislativa, este punto fue objeto de un reclamo de inconstitucionalidad presentado ante el Tribunal Constitucional por el Presidente de la República el día 20 de junio de 2011.

Este reclamo impugnó la votación del nuevo artículo 197 bis (norma que consagra, regula y establece los requisitos y límites de este nuevo permiso postnatal parental) realizada por las Comisiones del Trabajo y Previsión Social y de Salud del Senado en primer trámite constitucional. En dicha instancia se acordó votar separadamente las normas contenidas en el inciso primero del citado artículo, aprobándose sólo una parte de él y rechazándose en lo demás, lo que causaba la eliminación del tope de 30 UF para el subsidio, quedando entonces como tope las 66 UF que se aplican al permiso que actualmente se encuentra vigente.

Esta modificación de texto hubiese implicado un mayor gasto público y una modificación de las normas de seguridad social, las cuales no contaron con la oposición del Presidente de la República.<sup>29</sup> Es por ello, que el recurso de

<sup>29</sup> CÁMARA (2011b) p. 8.

inconstitucionalidad fue ratificado por el Tribunal Constitucional en un fallo dividido de cinco votos contra cuatro, de fecha 14 de julio de 2011<sup>30</sup>.

El Gobierno presentó una nueva propuesta a través de lo contenido en las indicaciones presentadas a la Cámara de Diputados el día 12 de agosto de 2011. En este documento se señaló que el tope: "no podrá exceder de la cantidad de un millón de pesos".

La cantidad señalada se convertiría en unidades de fomento, al valor que tenga esta a la fecha de publicación de la ley. A contar del 1 de enero de 2013, se reajustaría según la variación del IPC entre noviembre del año antecedente y noviembre del precedente, respecto del año en que comenzará a aplicarse.

## 2. Fuero

Frente a las modificaciones al fuero –que implicarían la eliminación de tres meses del periodo– ha existido gran oposición especialmente por la teoría del derecho adquirido: "No es posible construir una propuesta legislativa mediante la eliminación de derechos y beneficios ya existentes y con los cuales las madres trabajadoras de nuestro país cuentan hoy en día" (COMISIONES, 2011, p. 35).

Por el contrario, se ha señalado que el objetivo de esta reforma es corregir una distorsión en la ley laboral que hoy se ha vuelto en contra de las propias mujeres. "Actualmente el fuero desincentiva la contratación de mujeres con hijos menores de un año y tres meses e incluso de cualquier mujer en edad fértil, porque a las primeras, independientemente de las necesidades de la empresa, no es posible despedirlas, y las segundas pueden llegar a esta situación si se embarazan"<sup>31</sup>.

Una de las modificaciones propuestas durante la tramitación fue la de contar el fuero a partir del término del descanso maternal excluyendo el permiso postnatal parental que se crea en virtud de este proyecto. Adicionalmente, el fuero que le correspondería al padre por hacer uso del permiso no sería descontado del correspondiente a la madre.<sup>32</sup>

## 3. Jornada reducida

Frente a esta posibilidad, se presentaron muchas preguntas relativas a cómo iría a implementarse esta medida, que de una u otra forma flexibiliza la jornada laboral sin que ello afecte la empleabilidad de las personas que hagan uso de este beneficio.

<sup>30</sup> BCN (2011).

<sup>31</sup> DUSSAILLANT y GONZÁLEZ (2011) p. 7.

<sup>32</sup> COMISIÓN DE HACIENDA DEL SENADO (2011) p. 10.

Se ha dicho que este es uno de los aspectos negativos del proyecto, por cuanto establece una discriminación arbitraria de los derechos de las madres, dado que sólo a las de ingresos medios y altos se les reconoce la capacidad para decidir libremente sobre lo que es mejor para ellas y sus hijos<sup>33</sup>.

Respecto de esto último se ha argumentado que la asimetría de poder que existe entre empleador y trabajador es menor para sueldos más altos y, por tanto, mujeres con sueldos superiores a 30 UF estarían en mejores condiciones para negociar con su empleador. Sin embargo, es difícil trazar una línea divisoria que separa un hogar vulnerable de uno que no lo es en función del monto en UF del sueldo de la mujer, lo cual también puede decirse respecto de las "asimetrías de poder"<sup>34</sup>.

Una de las soluciones que se presentó al problema fue que si el beneficiario opta por ejercer el derecho (luego de dar aviso al empleador por carta certificada), el empleador deberá ofrecer una alternativa para su ejercicio y el acuerdo final entre las partes deberá ser suscrito por ambos en la Inspección del Trabajo. Este acuerdo podría considerar un régimen especial de jornada, que le permita al beneficiario acumular jornadas reducidas<sup>35</sup>. Por su parte, el padre también tendría derecho a la jornada reducida<sup>36</sup>.

#### 4. Base para el pago del subsidio

El proyecto de ley establece que la base para el pago del subsidio será la remuneración de la madre y no la del padre, hecho que también generó diversas reacciones, entre las cuales se encuentran: "Al ofrecerle un subsidio en base a la remuneración de la madre, el padre no optará por asumir el cuidado del hijo, toda vez que es reconocido que las mujeres hoy presentan un menor nivel de ingresos que el de los hombres" (COMISIONES, 2011, p. 33).

Es por ello, que una de las soluciones presentadas por el Ejecutivo en las Indicaciones presentadas el 12 de agosto fue que las remuneraciones que sirvieran de base para el cálculo del subsidio sean las del beneficiario, lo cual se aleja de la primera versión en la cual los hombres se verían penalizados en sus ingresos, creando un desincentivo en el uso del permiso.

<sup>33</sup> CIFUENTES (2011) p. 21.

<sup>34</sup> DUSSELLANT y GONZÁLEZ (2011) p. 5.

<sup>35</sup> Existió durante la discusión en el Congreso la sugerencia por parte del Presidente de la Confederación de la Producción y del Comercio de generar "un banco de horas", el que permita a la trabajadora o trabajador que quiere retomar su empleo para recuperar la totalidad o parte sustantiva de su remuneración, pueda acumular las horas de la semana en uno o dos días, logrando así incrementar la efectividad de su trabajo y mantener la productividad de la actividad para la empresa. COMISIONES (2011) p. 80.

<sup>36</sup> OFICIO 163-359. Indicaciones p. 4.

## 5. Casos especiales de partos múltiples o niños prematuros

Otro de los elementos discutidos en la tramitación en el Congreso y que no formaba parte del proyecto inicial es qué ocurre en los casos los partos múltiples o hijos prematuros. Una madre cuyo hijo nace prematuramente simplemente pierde su derecho al reposo prenatal, aun cuando el recién nacido requiere más cuidados habituales dada su frágil condición de salud.

Uno de los argumentos en contrario es que “los niños nacidos prematuramente tienen una velocidad de crecimiento superior al promedio, entre los tres y seis meses posteriores al parto, lo cual significa que transcurridos los seis primeros meses de vida del menor, este alcanza el desarrollo de un niño que completó el periodo de gestación” (COMISIONES, 2011, p. 63).

Las indicaciones del Ejecutivo de agosto de 2011 recogieron esta inquietud y sugirieron que en el caso de los hijos prematuros no se pierdan las semanas de prenatal y que respecto de los embarazos múltiples el permiso se aumentaría en siete días corridos por cada niño nacido.

## 6. Licencias por enfermedad del hijo menor de un año

Se ha sostenido que es un error clasificar las enfermedades entre gravísimas y graves, ya que tanto las patologías como los enfermos cambian. A este respecto, la Ministra Directora del SERNAM indicó que existe conciencia de esta situación, por lo cual se ha establecido en el proyecto que esta clasificación sería realizada por decreto, el cual deberá ser actualizado al menos cada tres años, lo que permite que sea adaptable a las distintas realidades que se van dando<sup>37</sup>.

Por otro lado, se ha mencionado que más que ampliar o reducir los beneficios recibidos en razón de este tipo de licencias, sería más efectivo mejorar e incrementar la fiscalización que hacer este tipo de distinciones. El proyecto considera medidas de resguardo ante los abusos, pero parecen insuficientes. Si no se pudo controlar la licencia por reflujo, igual de difícil será controlar la categoría de gravísima de la enfermedad<sup>38</sup>.

## 7. Extensión de la cobertura

Si bien uno de los objetivos del proyecto es la ampliación de la cobertura del beneficio a la mayor cantidad de beneficiarias, se cuestionó en el Congreso la efectividad de esta medida considerando los requisitos establecidos: “No parece apropiado limitar los beneficios a sólo el 20% más pobre de la población,

<sup>37</sup> COMISIONES (2011) p. 51.

<sup>38</sup> CIFUENTES (2011), p. 16.

pues ello resulta contrario al propósito manifestado de ampliar la cobertura del sistema de protección a la maternidad y los beneficios que contempla" (COMISIONES, 2011, p. 34).

Si se revisan las estadísticas en la materia, durante el año 2009 se registraron en Chile 235.365 nacimientos, y se solicitaron en total 83.997 subsidios por maternidad, lo que significa que la cobertura de este beneficio alcanzó a un 35,7%. Ahora bien, si se consideran los datos de la encuesta CASEN correspondiente al mismo año 2009, el número total de mujeres en edad fértil, entre los 18 y 43 años de edad, ocupadas y que tienen contrato de trabajo a plazo fijo, por obra o faena, alcanzó a 215.698 mujeres, de las cuales 23.461 corresponden al primer quintil de ingresos (es decir, están en el rango del 20% más pobre de nuestra población). En consecuencia, el universo que podría verse beneficiado por el aumento de cobertura es, en el mejor de los casos, equivalente a un 10% del total de mujeres que se encuentran en las situaciones antedichas (COMISIONES, 2011, p. 67)

Por otra parte, esta iniciativa legal no considera un sistema gradual de incorporación de los beneficiarios que permita incrementar progresivamente el universo de destinatarios del sistema de protección<sup>39</sup>.

En razón de ello, se presentó una nueva solución, la cual eliminaría el requisito de encontrarse en el 20% más pobre de la población, pero sólo a contar del 1 de enero de 2013<sup>40</sup>.

## VI. La Ley

Luego de una controvertida tramitación legislativa, se llegó al acuerdo que conformaría la Ley 20.545. En este capítulo se analizarán los principales cambios implementados al proyecto de ley analizado en el capítulo IV.

### 1. Cambios al antiguo régimen de pre y postnatal

En este ámbito, se elimina la posibilidad de traspasar semanas del pre al postnatal, como había sido sugerido durante la tramitación del Proyecto. Adicionalmente se incorporan los casos de partos prematuros y partos múltiples. De acuerdo al articulado, en el primer caso, se considerará prematuro al niño nacido en la semana 33 de gestación o que hubiese pesado menos de 1.500 gramos al nacer, en cuyo caso el descanso postnatal será de 18 semanas. En el caso de embarazos múltiples el postnatal se incrementará en siete días corridos

<sup>39</sup> COMISIONES (2011) p. 84.

<sup>40</sup> OFICIO 163-359. Indicaciones p. 9.



por cada niño nacido. Si concurren ambas situaciones, la duración será la de aquel que tenga mayor extensión.

## **2. Permiso postnatal parental**

La modificación principal en esta materia radica en la forma en que las madres o los padres podrán ejercer este permiso, pues la ley les entrega la posibilidad de elegir entre dos opciones: (1) hacer uso de 12 semanas de permiso postnatal parental, periodo en el cual recibirán un subsidio con un tope de 66 UF; o (2) 18 semanas en las que pueda trabajar a media jornada con un 50% del subsidio, asistiendo la obligación al empleador de pagar un piso mínimo del 50% del sueldo<sup>41</sup>. La trabajadora deberá dar aviso al empleador por carta certificada a lo menos 30 días antes del término del periodo de postnatal informándole la opción que ha de tomar. El empleador estará obligado a reincorporar a la trabajadora, salvo que por la naturaleza de sus labores estas sólo puedan realizarse en jornada completa. En caso de rechazo en la incorporación, la trabajadora podrá reclamar ante la Inspección del Trabajo, quien resolverá si la naturaleza de las labores y condiciones ameritan la medida. Las trabajadoras exentas del límite de jornada de trabajo también podrán acceder a este beneficio, de acuerdo a lo señalado anteriormente y en conformidad a lo acordado con su empleador.

El padre podrá gozar del permiso, si la madre así lo autoriza, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que esta indique, teniendo también la posibilidad de optar por la jornada parcial. Durante este periodo recibirá el subsidio anteriormente señalado, el cual será calculado sobre la base de sus remuneraciones. En caso de que el padre haga uso de este permiso, deberá dar aviso a su empleador a través de una carta certificada a lo menos diez días antes de la fecha en que se hará uso de él.

La Ley hace mención expresa de que los trabajadores independientes tendrán derecho a este permiso, teniendo también la opción de trabajar en jornada parcial si así lo decidieren.

## **3. Licencias por enfermedad del hijo menor de 1 año y menor de 18 años**

La Ley mantiene intacto el artículo 199, agregando que el subsidio de que trata este artículo sólo podrá otorgarse una vez terminado el permiso postnatal parental.

<sup>41</sup> COMISIONES (tercer trámite), p. 3.

#### **4. Fuero**

Las trabajadoras gozarán de fuero durante todo el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad excluyendo el nuevo permiso postnatal parental. De esta forma, se mantiene el sistema anterior a la presentación del proyecto de ley, sin afectar el tiempo en el cual las trabajadoras gozan del fuero, pero sin extender tampoco su duración con la creación del permiso.

En el caso de que el padre haga uso del permiso parental, este gozará de fuero por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso (a contar de los 10 días anteriores al comienzo del uso del mismo), el cual no podrá exceder de tres meses. Otra de las modificaciones introducidas es que el fuero de la madre no se reducirá en el equivalente del periodo de fuero ejercido por el padre.

Por otra parte, se elimina el desafuero automático establecido en el Mensaje para los contratos a plazo fijo o por obra, servicio o faena determinada.

#### **5. Ampliación de la cobertura del subsidio**

En este punto se logró un gran avance en la ampliación de la cobertura del subsidio, pues en un principio sólo serían consideradas aquellas madres trabajadoras que integraran el 20% más pobre de la población que cumplieran, además, con una serie de requisitos de afiliación y cotización.

Sin embargo, el texto final de la ley eliminó toda referencia a este porcentaje, estableciendo que a partir del 1 de enero de 2013 todas aquellas mujeres que a la sexta semana anterior al parto no tengan un contrato de trabajo vigente tendrán derecho al subsidio. Este se otorgará por un máximo de 30 semanas y comenzará a devengarse a partir de la sexta semana anterior al parto. Durante las doce últimas semanas de goce del subsidio las beneficiarias podrán trabajar, sin perder el beneficio.

#### **6. Derecho a dar alimentos**

Se elimina la disposición que no otorgaba este derecho a las trabajadoras de jornada parcial o reducida.

#### **7. Normas transitorias**

Quienes hayan terminado su descanso postnatal con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, tendrán derecho al permiso hasta que el menor cumpla 24 semanas de edad. La trabajadora podrá reincorporarse a sus labores

en jornada parcial hasta que el menor cumpla 30 semanas de vida. Para ello, deberá dar aviso por carta certificada en ambos casos con al menos cinco días de anticipación a la fecha en que se hará uso del permiso, y deberá señalar cuál de las opciones va a elegir. En caso de no enviarlo, se entenderá que se acoge al régimen sin jornada parcial. Este aviso debe ser enviado con copia a la Inspección del Trabajo.

En el caso de aquellos padres que han adoptado, tendrán derecho a este permiso, el cual se contará inmediatamente a partir del término del permiso de 12 semanas contenido en el artículo 200 y tendrán la posibilidad de elección ya descrita.

## **VII. Modelo de políticas para familias que trabajan de Janet Gornick y Marcia Meyers<sup>42</sup>.**

En los últimos años, académicos europeos han estudiado el sistema de seguridad social discutiendo las potenciales características de un sistema de protección social favorable a las mujeres. Una facción, que se enfoca en las obligaciones de cuidado en la familia, señala que un régimen de estas características implica otorgarles apoyo a las mujeres, en las diversas formas que ellas escojan, para cumplir con sus obligaciones de cuidado en la familia. Por lo cual, el rol ideal del Estado sería el de otorgar a las mujeres el “derecho a tener tiempo para cuidar de sus hijos” y entregarles algún tipo de remuneración por el trabajo que ellas realizan en la casa.

Desde otro punto de vista, según el cual se promueve la universalidad en cuanto al rol de proveedor, y que fomenta el empleo femenino, se argumenta que el rol principal del Estado debe ser reforzar la igualdad de género en el mercado.

Para reconciliar estas perspectivas, es necesario impulsar importantes transformaciones tanto en lo relativo a la igualdad de género como en la participación en el mercado laboral. Primero, hombres y mujeres deben participar tanto en el trabajo pagado en el mercado laboral como en el “trabajo no pagado” en la casa. Segundo, el tiempo destinado a las obligaciones familiares debiera ser no sólo sin consideración del género, sino que, además, debe ser sustancial hasta que los hijos tengan la edad suficiente como para entrar a un sistema educacional (entre 2 a 3 años), es por ello que los padres deberían pasar (y por lo tanto tener) más tiempo con sus hijos.

El modelo “*dual-earner/dual carer*” –término creado por la socióloga británica Rosemary Crompton– supone un arreglo social, que implica una sociedad que

<sup>42</sup> GORNICK Y MEYERS (2004) pp.12 y siguientes (resumen y traducción).

estaría compuesta de hombres y mujeres que escogen diversas combinaciones para participar tanto del mercado laboral como de cumplir con sus obligaciones familiares; lo cual dependería de diversos factores a considerar: sus preferencias, las necesidades y etapas en las cuales se encuentran sus hijos, y los recursos que existan dentro de sus parientes.

¿Qué sería necesario para generar este tipo de sociedad? Requeriría transformaciones en la división del trabajo entre hombres y mujeres, un mercado laboral más favorable hacia y con las familias, y un nuevo rol del Estado. La transformación más fundamental resultaría de una redistribución del tiempo en que los padres y madres trabajan tanto en el mercado laboral como en su propia casa. Para que esto ocurra, tanto hombres como mujeres deberían tener la opción de trabajar menos horas y tener mayor flexibilidad mientras sus hijos sean pequeños, sin injustas penalizaciones en sus sueldos, beneficios u oportunidades profesionales.

No es posible esperar que este tipo de dilemas sean resueltos únicamente en cada familia en particular; ni tampoco es posible pretender que los empleadores realicen por sí mismos este cambio fundamental. El éxito de este tipo de políticas será únicamente posible si el Estado juega un papel más activo apoyando nuevas alternativas, que permitan crear este tipo de opciones al menor costo tanto para los trabajadores como para los empleadores.

Los elementos que deben incluirse para generar el modelo "*dual-earner/dual-carer*" son los siguientes:

### **1. Permisos parentales**

Las políticas relativas a los permisos parentales son fundamentales para ayudar a equilibrar el trabajo y las obligaciones propias de la familia, de manera tal de asegurar un tiempo suficiente y de calidad para el cuidado de los niños más pequeños. Para alcanzar esta meta, las políticas en esta materia deberán incluir tanto derechos como beneficios que otorguen a los padres el derecho a tomarse un tiempo sin trabajar para cuidar de sus hijos sin perder su trabajo en razón de ello, recibiendo, además, un subsidio que cubra la falta de remuneraciones durante el periodo del permiso.

Gornick y Meyers han establecido una serie de características que deben cumplir estos beneficios, los cuales serán analizados en la próxima sección.

### **2. Educación temprana, cuidado y programación de los colegios**

Si los permisos parentales son extendidos a todos los padres, ellos serían capaces de cuidar a sus hijos más pequeños y de ajustar sus horarios para pasar

más tiempo con sus hijos mayores. Para estos últimos, el sistema educacional es de suma importancia.

Las principales características de estas políticas son: (1) este tipo de servicios debiera ser otorgado sin distinciones, universalmente como un derecho. Esto mejoraría tanto la disponibilidad como la accesibilidad para los padres, siendo un elemento esencial de apoyo para quienes trabajan. (2) Este tipo de servicio debería estar disponible en horarios extraordinarios. (3) Este servicio debe ser de calidad. La decisión de los padres de sustituir tiempo de trabajo por tiempo en la casa está influenciada tanto por el costo de estos servicios, como por la percepción de la calidad del cuidado entregado a sus hijos.

Sin embargo, otro factor a considerar es que los niños necesitan de cuidado no sólo cuando ellos comienzan a ir al colegio/jardín o sala cuna. Dependiendo de las jornadas laborales de sus padres, ellos podrían necesitar de cuidado antes o después del colegio y/o durante las vacaciones. Es por eso que políticas que tiendan a extender las horas en el colegio y a alargar el año escolar o las actividades relacionadas con el colegio podría apoyar a las familias que trabajan.

### 3. Regulación de la jornada laboral

Este modelo asume que tanto madres como padres que trabajan debieran ajustar sus jornadas laborales para poder cumplir con sus obligaciones familiares. Uno de los primeros cambios a introducir es la reducción de la jornada laboral, teniendo además el derecho a trabajar *part-time* mientras sus hijos son pequeños. Segundo, las políticas laborales debieran proteger a los trabajadores que eligen trabajar menos horas de sanciones excesivas tanto en sus remuneraciones como en sus beneficios, requiriendo que los empleadores realicen un pago proporcional de acuerdo a las horas efectivamente trabajadas. Tercero, las políticas relacionadas con la compensación a los trabajadores pueden aliviar la carga de tener que trabajar en jornadas extraordinarias, como, por ejemplo, el trabajo *part-time*.

### 4. Seguridad económica para las familias

Una sociedad que incentiva que hombres y mujeres trabajen de manera igualitaria tanto en el mercado laboral como en sus hogares, espera que ellos sean responsables de la seguridad económica de sus familias, pero también es una sociedad que permite que los padres limiten sus horas de trabajo para dedicarse al cuidado de sus hijos.

Los subsidios son una de las políticas que aseguran la estabilidad económica de la familia, sin embargo, esto puede no ser suficiente garantía para familias de escasos recursos. Es por ello que es necesario crear políticas que sirvan de apoyo a



este tipo de familias y que tengan las siguientes características: (1) Estas debieran socializar una porción de los gastos extraordinarios que los niños generan en sus familias. (2) Deben proveer "seguridad económica" estableciendo un piso para los trabajadores no calificados sin crear desincentivos en su contratación. (3) Deben crear asistencia temporal para el desempleo. (4) Deben asegurar seguridad económica para madres o padres solteros jefes de hogar.

## VIII. Análisis

En este capítulo se realizará un análisis de la ley con los requerimientos que, según las profesoras Gornick y Meyers, son claves para el desarrollo de su modelo en materia de permisos parentales. Posteriormente se analizará la Ley N° 20.545 desde una perspectiva más amplia tratando de predecir algunos de sus efectos en nuestra sociedad.

### 1. Comparación con las características establecidas en el modelo de Gornick y Meyers<sup>43</sup>

#### *A. Los permisos maternales otorgan a la gran mayoría de las madres que trabajan seguridad laboral y mantención de sus remuneraciones*

Uno de los principales obstáculos en esta materia es que para poder recibir el beneficio es necesario haber cumplido con ciertos requisitos de afiliación y cotización, por lo tanto, están directamente vinculados al trabajo formal. Sin embargo, ¿qué es lo que ocurre con aquellas madres que tienen menos tiempo de afiliación o menos contribuciones? ¿Qué ocurre con aquellas madres que trabajan en el mercado informal? En el 2003, 46% de las mujeres trabajaban en el mercado informal, mientras que la cifra en los hombres era de un 34%.<sup>44</sup> Está claro que los requisitos de afiliación y cotizaciones tienen directa relación con la mantención del sistema, sin embargo, es importante buscar mecanismos que tiendan a incentivar la incorporación a las mujeres que trabajan en la informalidad.

La intención de incorporar a la "gran mayoría" de las madres trabajadoras estuvo siempre latente durante la tramitación de la ley, lo cual queda reflejado en las modificaciones realizadas para ampliar la cobertura del subsidio. En el proyecto enviado al Congreso sólo aquellas madres que se encontraban en el 20% más pobre de la población podían acceder al beneficio, sin embargo, la Ley eliminó dicho requisito, expandiendo el subsidio a partir del 2013 a quienes cumplan con ciertos requisitos de cotización y afiliación.

<sup>43</sup> GORNICK y MEYERS (2003) pp. 112 y siguientes.

<sup>44</sup> CORREA (2008) p. 6.

Existieron dos discusiones importantes respecto del requisito de "mantención de las remuneraciones". La primera discusión, ya tratada en capítulos anteriores, es la relativa a la mantención del tope de 66 UF. La segunda es la vinculada a aquellos trabajadores de zonas extremas que reciben una asignación compensatoria de su remuneración, en consideración a la lejanía, costo de vida y demás condiciones asociadas. No siendo tal bono imponible, este no sería considerado al calcular el subsidio correspondiente, independiente del nivel de remuneraciones, lo que significaría una importante disminución en los ingresos económicos del padre o madre<sup>45</sup>. Sin embargo, el texto final de la ley en su Artículo 6° permitió la mantención en el pago de dichas asignaciones, por lo cual no se verán afectadas las remuneraciones de este tipo de trabajadores.

El beneficio del fuero garantiza seguridad laboral. La pregunta va a continuar siendo ¿cuánto tiempo será efectivamente necesario? Por ahora, se ha mantenido la norma previa a las modificaciones, que es de un año contado desde el término del descanso maternal.

En conclusión, los cambios introducidos ayudan a cumplir de mejor forma aquello que contempla este requisito, sin embargo, es importante encontrar mecanismos que permitan alcanzar a todas aquellas mujeres que aun trabajando no están recibiendo estos beneficios.

***B. Los permisos maternales son complementados con un permiso parental que permite tanto a las madres como a los padres tener permisos pagados durante los primeros años de su hijo(a)***

Esta ley introduce el permiso postnatal parental en la legislación chilena, lo cual permite cumplir con este requisito. Sin embargo, un elemento importante es que amplía el tiempo en que ambos padres pueden pasar con sus hijos durante los primeros meses de vida, manteniendo el subsidio o pudiendo trabajar en jornada parcial. La introducción de la jornada parcial es un importante paso para el sistema chileno, pues permite introducir y fomentar el trabajo *part-time*, acercándose a aquello ya señalado en materia de regulación de la jornada laboral.

La diferencia principal que se genera con los países desarrollados es en la duración del permiso. Se debe tener en cuenta que estos requisitos fueron generados a partir de un análisis a las políticas establecidas por dichos países, los cuales cuentan con recursos claramente mayores.

El sistema chileno de protección a las familias que trabajan está lejos de garantizar algún tipo de permiso durante los años preescolares. La forma en

<sup>45</sup> COMISIONES (tercer trámite), p. 12.

que esto se podría llevar a cabo implica, por ejemplo, ampliar el tiempo en el cual el padre o la madre puedan hacer uso del permiso fijando una edad determinada para ello, como en los casos de Noruega y Finlandia, en que los permisos pueden ser utilizados hasta los 3 años del niño, en Dinamarca hasta los 9 años, y en Suecia hasta los 8 años<sup>46</sup>. En todos estos países, el subsidio disminuye a lo largo del tiempo o se fijan tasas fijas de subsidio menores a las correspondientes en los primeros meses del beneficio.

Es importante tener en consideración que los cambios en estas materias deben ser realizados lenta y cuidadosamente, de manera tal que sean efectivos y no pasen a ser letra muerta luego de su promulgación, especialmente en lo que se refiere a la participación del padre en el cuidado de los hijos, lo que implica un gran cambio dentro de la cultura chilena, en la cual aún permanece con fuerza la figura de padre proveedor-mujer dueña de casa.

***C. Madres y padres deben tener derecho a un tiempo sin trabajar que sea remunerado, para atender necesidades de corto plazo o emergencias de sus hijos***

Los permisos dentro del sistema chileno que podrían ser considerados dentro de este requisito son las licencias por enfermedad grave del hijo menor de un año y menor de 18 años.

Si bien se intentó generar cambios en esta regulación, el texto final de la Ley 20.545 mantuvo el artículo 199 sin alteraciones. La única diferencia que se introduce es que este permiso sólo podrá otorgarse una vez terminado el permiso postnatal parental. Es difícil saber con certeza si esta licencia será utilizada o no como medio de extensión del permiso a más de 6 meses, lo que dependerá de las fiscalizaciones que existan al efecto. Durante la discusión en el Congreso, las representantes de la corporación "Comunidad Mujer" señalaron en esta materia que "la extensión misma a seis meses del postnatal no asegura que el gasto en licencia médica por enfermedad del hijo menor de un año revertirá su trayectoria ascendente en el futuro. Si los cambios en los sistemas de incentivos y la mayor fiscalización no prosperan, en un tiempo más el "postnatal promedio" será superior a los siete meses y, en ese evento, es probable que volvamos a escuchar que es necesario "transparentar esta realidad" (COMISIONES, 2011, p. 86).

En relación con el permiso por enfermedad del hijo menor de 18 años, no se cumple con el requerimiento, pues es un permiso no pagado y porque además contempla únicamente situaciones extremas y específicas, que se alejan de lo requerido en este punto.

<sup>46</sup> GORNICK y MEYERS (2003) pp. 124-125.

El problema entonces es que no se permite generar un equilibrio entre las diversas obligaciones a las cuales debe enfrentarse un trabajador, dado que existen múltiples situaciones que no califican como una emergencia, pero que aun así requieren de la atención de los padres.

***D. Los permisos parentales deben promover la igualdad de género asegurando los derechos de los padres e incentivando su uso***

La pregunta principal en este punto es ¿utilizarán los papás este beneficio? De acuerdo a lo que indicó la Ministra Matthei en el seminario del Centro de Estudios Públicos, muchos hombres se opusieron, en un principio, a la creación de este tipo de permisos, que involucra en mayor medida a los padres.

Para poder contestar esta pregunta es necesario incluir en el análisis factores culturales de la sociedad chilena. De acuerdo a lo indicado por la *International Social Survey Programme (ISSP)* del 2002 (que mide patrones culturales en la población de Brasil, Chile y México), los hombres (chilenos) encuestados trazaban una línea entre la vida familiar y el trabajo pagado, considerando las tareas domésticas y la crianza de los hijos como un factor que podría dificultar sus posibilidades de trabajar fuera de la casa. Ellos veían estos deberes como tareas que debían realizar las mujeres. Como resultado, el trabajado remunerado era visto como "real" y como territorio de hombres, a pesar del creciente avance de la mujer en el mercado laboral<sup>47</sup>.

El rol del hombre como proveedor también define su posición de autoridad en la familia. En esta situación, muchos hombres perciben el trabajo femenino como una amenaza al cumplimiento de los deberes domésticos particularmente en lo relacionado a la crianza y el cuidado de los hijos. La encuesta usada en este estudio confirma esta afirmación. El 83% de los entrevistados (por la ISSP) estaba de acuerdo con la afirmación "es probable que un preescolar sufra si su madre trabaja"<sup>48</sup>.

Es claro entonces que la sociedad chilena tiene una fuerte tendencia al modelo del padre proveedor-mujer dueña de casa. Esta es una de las razones por la cual el postnatal para los padres es sólo de 5 días, para incentivar su uso. ¿Qué ocurriría entonces con las semanas que puede usar el padre?

De acuerdo a Gornick y Meyers<sup>49</sup>, varios pasos deben tomarse para aumentar el uso de estos beneficios por parte de los padres:

<sup>47</sup> CONTRERAS Y PLAZA (2010) p. 33.

<sup>48</sup> Id.

<sup>49</sup> GORNICK Y MEYERS, (2003) p.134.

- **Mantenimiento** en las remuneraciones. Este punto fue un gran avance que tuvo la ley en comparación al proyecto, ya que la ley toma como base para el cálculo del subsidio la remuneración del padre respectivo y no la de la madre, como había sido establecido previamente.
- Creación de un sistema de derechos intransferibles tanto para el padre como para la madre, lo cual implica un periodo especialmente asignado al padre, que, de no tomarse, se pierde.
- Campañas de educación pública pueden ayudar a reducir la resistencia tanto cultural como institucional a que los padres usen de estos beneficios, alterando el discurso tanto privado como público relativo a la participación de los padres en la crianza de los hijos.

***E. El financiamiento de estas políticas debe distribuir los costos del cuidado de los hijos en toda la sociedad y minimizar la carga puesta sobre los empleadores***

Nuestro país tiene un sistema enteramente pagado por el Estado, elemento que se asemeja a lo establecido en los países nórdicos<sup>50</sup> con la diferencia que en estos países los empleadores ayudan a financiar estos permisos.

Hay dos puntos a analizar en esta materia: (1) el postnatal masculino y (2) el derecho de alimentación. Aun cuando el postnatal masculino es un periodo muy corto, este es pagado en su totalidad por el empleador, que tiene un incentivo económico para evitar que el padre trabajador haga uso del beneficio. Por otra parte, el derecho de alimentación puede ser visto como un costo adicional para los empleadores, pues ellos tendrán cinco horas menos de trabajo a la semana de una mujer en comparación con un hombre. Por lo mismo, es posible que sea otro de los factores que aumente la discriminación laboral femenina.

## **2. Análisis amplio de las políticas**

En este acápite se analizarán algunos de los principales defectos dentro de las políticas chilenas que buscan ayudar a los trabajadores a equilibrar sus obligaciones laborales con las familiares.

Uno de los primeros problemas que han surgido en este análisis es que estas políticas no han sido vistas como un conjunto sistemático destinado a ayudar a los trabajadores en general, sino que ellas aún se encuentran ligadas al concepto de "protección a la maternidad".

<sup>50</sup> GORNICK y MEYERS, (2003) p. 142.



Esta situación impide comunicar con fuerza el mensaje de que el modelo tradicional del "hombre-jefe de hogar/mujer-dueña de casa" debe cambiar, para acercarse más hacia la igualdad de género. Aun cuando se ha establecido que se pretende incrementar la responsabilidad de ambos padres en el cuidado de sus hijos, las consecuencias que esta estructura genera están lejos de lograr este propósito. Esto también puede ser reafirmado por la mantención del artículo 203 del Código del Trabajo relativo al derecho de sala cuna.

Otro elemento que debe ser considerado es la discriminación contra la mujer, donde una potencial solución podría ser la creación de claras políticas de antidiscriminación. En este trabajo se han discutido una serie de hechos que confirman que la discriminación a las mujeres no es un hecho superado en el mercado laboral chileno, lo cual puede verse, por ejemplo, en la diferencia de ingresos entre hombres y mujeres (de acuerdo con el estudio realizado por Hugo Ñopo, en el periodo 1992-2003 los hombres ganan en promedio entre 22-35% más que las mujeres<sup>51</sup>) y las diferencias en los porcentajes de participación laboral en el mercado. Para que estas medidas sean efectivas, deben considerar la realidad y la cultura en la cual se insertan.

La igualdad de género no sólo debe ser impulsada en el mercado laboral, sino también en el cuidado y crianza de los hijos en el hogar. De acuerdo con Katherine Zippel, las políticas que promueven la igualdad de género ayudan a impulsar la igualdad de remuneraciones entre los padres, lo que puede a su vez ayudar a igualar las facultades de negociación en lo relativo a las divisiones del trabajo en el hogar<sup>52</sup>.

Por lo tanto, no se trata únicamente de crear un sistema para equiparar las remuneraciones (como se trató de hacer con la Ley 20.348 de 29 de junio de 2009, que establece la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres), sino que de un cambio de mentalidad que no puede ser impulsado sólo por esta ley. La pregunta es ¿son las leyes capaces de cambiar conductas? O ¿son las conductas las que cambian la ley? Cameron Macdonald, criticando el modelo de Gornick y Meyers, señala que el cambio institucional no es lo suficientemente fuerte como para aliviar la sensación que se genera entre las mujeres que trabajan, de creer que son malas madres por el simple hecho de trabajar.<sup>53</sup>

Por otra parte, aun cuando no se estableció claramente dentro de los objetivos de la Ley 20.545, otro elemento a ser considerado en la discusión de esta reforma es la "superación de la pobreza femenina".

<sup>51</sup> ÑOPO (2006) p. 41.

<sup>52</sup> ZIPPEL (2007) p. 4.

<sup>53</sup> GORNICK y MEYERS (2009) p. 441.

Una de las recomendaciones de las Naciones Unidas para la superación de la pobreza entre las mujeres es incrementar la igualdad en el acceso al empleo a través de la extensión de las políticas de permisos parentales. Sin embargo, en estas mismas recomendaciones se indica que deben existir mecanismos en contra de la discriminación contra la mujer y que el elemento esencial a impulsar es la igualdad de género<sup>54</sup>.

Esta recomendación va de la mano con la idea de que los permisos pagados de varios meses fortalecen la participación de la mujer en el mercado laboral de diversas formas, de hecho de acuerdo con el estudio realizado por Christopher Ruhm estos permisos incrementan las tasas de empleo femenino entre un 3 y un 4% , lo que se debe a dos factores: (1) más mujeres están motivadas a entrar al mercado laboral antes de tener una familia para poder recibir el subsidio en el futuro, y (2) el acceso al permiso pagado permite elevar las tasas de reingreso laboral postparto.<sup>55</sup> Si las mujeres del primer quintil son capaces de entrar en el mercado laboral, hay mayores posibilidades de que sus familias puedan superar la pobreza.

Adicionalmente, proveer de jardines infantiles o salas cunas es un elemento esencial en este punto; de esta manera las mujeres podrán equilibrar más eficientemente sus obligaciones laborales y familiares<sup>56</sup>, por lo tanto las políticas gubernamentales en esta materia también deben ser analizadas.

Existe otro aspecto que debe ser considerado al momento de crear este tipo de políticas: los factores culturales que afectan y hacen disminuir el ingreso de las mujeres al mundo laboral, especialmente en familias de escasos recursos. Este factor tiene estricta relación con la pregunta planteada en párrafos anteriores de si las leyes cambian comportamientos o viceversa. El comportamiento de las parejas de las mujeres juega un papel muy importante en su participación en el mercado laboral, así como también los modelos de familia que existen en la cultura chilena, la repartición de los deberes del hogar entre los miembros de la familia, la presencia o ausencia de una madre que trabaja en la familia, entre otros.

Aun cuando los permisos parentales pueden ser útiles para superar la pobreza, la experiencia de otros países señala que estas políticas no son efectivas de manera independiente. Si tomamos, por ejemplo, la experiencia de Suecia: "gran parte del éxito de las políticas de superación de la pobreza en Suecia se debe al sistema de impuestos y transferencias, en combinación con altas tasas de empleo y bajos niveles de desigualdad en materia de ingresos, lo cual

<sup>54</sup> SCHMIDT (2011) p. 7.

<sup>55</sup> GORNICK y MEYERS (2003) p. 240.

<sup>56</sup> MISRA et al. (2007) p. 816.

ha incrementado la demanda de trabajo a favor de los trabajadores menos capacitados. El éxito también se debe a la disminución en las horas trabajadas y requeridas a este tipo de trabajadores<sup>57</sup>.

## IX. Conclusiones

Uno de los principales objetivos de este trabajo era comparar el nuevo sistema que se crea con la Ley 20.545 con el modelo de las profesoras Gornick y Meyers: "*dual earner-dual carer*". Este modelo presenta un paquete de principios que, aplicados como políticas públicas, pretenden ayudar tanto a padres como a madres trabajadoras a balancear sus deberes familiares y laborales. Como ha sido analizado, esta ley no se hace cargo sistemáticamente del problema, pues modifica sólo uno de los elementos que permiten promover la corresponsabilidad en la familia.

Los jardines infantiles y salas cunas seguirán con problemas de cobertura, la jornada laboral es aún muy extensa (en la mayoría de los países de la OECD el promedio es de 40 horas, pero aún mucha gente trabaja por sobre ese límite<sup>58</sup>), y el trabajo *part-time* no es aún considerado como una solución real (utilizable por hombres y mujeres). Respecto de este último punto, es importante destacar que la jornada parcial creada por la ley permite introducir el concepto como una nueva opción (siempre dentro del contexto del permiso parental) que podría incentivar una mayor profundización en la materia.

Por otra parte, aun cuando se mencionó en múltiples oportunidades el concepto de corresponsabilidad, no se abarca de manera directa la desigualdad de género tanto en el mercado laboral como en el trabajo doméstico. En razón de ello, es importante generar mecanismos que incentiven a los padres a hacer uso de este beneficio no sólo a nivel legislativo, sino que también a nivel cultural y educacional.

Adicionalmente, existen aún una serie de problemas que afectan a las mujeres trabajadoras que deben ser considerados, como por ejemplo: las bajas tasas de participación en el mercado laboral, bajos ingresos, discriminación y pobreza, que deben ser analizados como un todo, tratando de tomar en cuenta todos los posibles factores que están creando este tipo de situaciones, no sólo en el ámbito económico, sino que también cultural y social.

A pesar de lo anterior, la Ley 20.545 ha sido un gran avance en la materia, pues ha introducido el permiso parental al ordenamiento jurídico chileno

<sup>57</sup> BJORKLUND y FREEMAN (1997) p. 33.

<sup>58</sup> OECD (2002)

(manteniendo y no afectando los niveles de ingreso familiares), otorgando la posibilidad de trabajar jornada parcial a quien así lo desee, permitiendo además una ampliación de la cobertura del subsidio a familias de menores recursos, hecho por lo cual puede ser considerado como el primer paso para alcanzar el modelo *dual-earner, dual carer*.

## Bibliografía citada

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2011). ¿En qué va el postnatal de seis meses? Disponible en: [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/en-que-va-proyecto-postnatal-seis-meses](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/en-que-va-proyecto-postnatal-seis-meses) [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2011]

BJORKLUND, Anders, y FREEMAN, Richard (1997): "Generating Equality and Eliminating Poverty, the Swedish Way", en FREEMAN, Richard; TOPEL, Robert, y SWEDENBORG, Birgitta (1997); *The Welfare State in Transition: Reforming the Swedish Model* (Chicago, University Chicago Press): pp 488.

CAAMAÑO, Eduardo (2007): "Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIX: pp. 171-202.

CAAMAÑO, Eduardo (2009): "Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII: pp. 175-214.

CIFUENTES, Cecilia (2011): "Extensión del Postnatal: Análisis del Proyecto de Ley", *Serie Informe Económico N° 215*, Libertad y Desarrollo. Disponible en: [http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/sie215extensiondelpostnatalanalisisdelproyectedeleyccifuentesmayo2011.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sie215extensiondelpostnatalanalisisdelproyectedeleyccifuentesmayo2011.pdf) [fecha de consulta: 26 de agosto de 2011]

COMISIÓN DE HACIENDA DEL SENADO (2011): "Primer Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, en materia de duración del descanso de maternidad. Boletín 7526-13". Cuadro comparativo del texto aprobado por las Comisiones de trabajo y previsión social y de salud unidas y que no fue objeto de modificaciones en la comisión de hacienda. Disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2011]

COMISIONES DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL Y DE SALUD DEL SENADO (2011): "Informe recaído en el proyecto de ley Boletín 7526-13 en primer trámite constitucional". Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta: 11 de agosto de 2011]

COMISIONES DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL Y DE SALUD DEL SENADO (2011): "Informe recaído en el proyecto de ley Boletín 7526-13 en tercer trámite constitucional". Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011]

CONTRERAS, Dante, y PLAZA, Gonzalo (2010): "Cultural factors in women's labor force participation in Chile", *Feminist Economics* vol. 16 (2): pp. 27-46.

CORREA, Teresa (2008): "Achieving gender equity in the labor market: Successes and failures of social policies in democratic Chile". Disponible en: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/lassa/2008/> [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2011]

DIRECCION DEL TRABAJO, "¿Cual es el contrato part-time?" Disponible en <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60758.html> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2011]

DUSSAILLANT, Francisca (2009): "¿Más salas cunas o permisos postnatales más largos? Alternativas de política para apoyar a la maternidad y la primera infancia", *Revista Estudios Públicos*, vol 115: pp 175-246.

DUSSAILLANT, Francisca, y GONZÁLEZ, Pablo (2011): "Pro Familia y Pro Empleo: Propuestas para un postnatal win-win". *Puntos de Referencia* N° 333. Disponible en: [www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4810.../pder333\\_dussailant-gonzalez.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4810.../pder333_dussailant-gonzalez.pdf) [fecha de consulta: 19 de agosto de 2011]

GORNICK, Janet, y MEYERS, Marcia (2003): *Families that work. Policies for reconciling parenthood and Employment*. (Nueva York, Russell Sage Foundation): 392 pp.

GORNICK, Janet, y MEYERS, Marcia (2004): "Supporting a Dual Earner/Dual Carer Society: Lessons from abroad". Disponible en: [http://www.ssc.wisc.edu/~wright/Gornick\\_Meyers\\_Heymann\\_final\\_chapter.pdf](http://www.ssc.wisc.edu/~wright/Gornick_Meyers_Heymann_final_chapter.pdf) [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2011]

GORNICK, Janet, y MEYERS, Marcia (2009) "Gender Equality. Transforming Family Divisions of Labor" *The Real Utopias Project*, vol. VI (Nueva York, Editorial Verso): pp 466.

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS (2011): Reportaje: La feminización de la Pobreza en Chile. Disponible en: <http://www.camara.cl/fempob2011/Noticia.aspx?idNoticia=41845> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2011]

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS. Cuenta Oficio N° 6302 (19/07/2011) del Tribunal Constitucional en Tramitación del Proyecto de Ley en materia de duración del descanso de maternidad, Boletín 7526-13. Segundo Trámite Constitucional. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta: 4 de agosto de 2011]

MATTHEI, Evelyn (2011): "Proyecto de Ley de Extensión del Postnatal", en Seminario "Impacto y alcance de extensión del postnatal", Centro de Estudios Públicos. Disponible en: [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_4774.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4774.html) [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011]

MATTHEI, Evelyn (2011): "Proyecto de Ley de Extensión del Postnatal", en Seminario "Impacto y alcance de extensión del postnatal", Audio de la Presentación. Centro de Estudios Públicos. Disponible en: [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_4774.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4774.html) [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011]

MENSAJE N° 311-358 (2011): con el que inicia un proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo en materias que indica. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, Encuesta CASEN 2009, disponible en <http://www.mideplan.gob.cl/casen2009/> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2011]



MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE GOBIERNO, Red de Protección Social, Preguntas Frecuentes. <http://www.redprotege.gov.cl/frmPreguntasFrecuentes.aspx?idArticulo=370&idseccion=246&idfaq=246&idSeccionPadre=169> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2011].

MISRA, Joya; MOLLER, Stephanie; BUDIG, Michelle (2007): "Work-Family Policies in Poverty for Partnered and Single Women in Europe and North America". *Gender and Society*, vol 21, N° 6: pp 804-827.

NOPO, Hugo (2006): "The gender gap in Chile 1992-2003 from a matching comparisson perspective", Inter-American Development Bank. Disponible en: <http://ftp.iza.org/dp2698.pdf> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2011]

PROGRAMA CHILE CRECE CONTIGO, "Presentación del Sistema". Disponible en: <http://www.crececontigo.gob.cl/sobre-chile-crece-contigo/presentacion-del-sistema/> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2011]

OFICIO N° 163-359, "Formula indicaciones al proyecto de ley en materia de descanso de maternidad" (12/08/2011). Disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta 14 de agosto de 2011]

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2002), "Working Hours". Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/46/17/37964450.pdf> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2011]

SCHMIDT, Verena (2011): "Equal Access to Full Employment and Decent Work as a Poverty Reduction Strategy". Disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/impact\\_bd/pfa/EP2%20-%20Schmidt\\_Final%20%5Bconsolidated%5D.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/impact_bd/pfa/EP2%20-%20Schmidt_Final%20%5Bconsolidated%5D.pdf) [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011]

TOKMAN, Marcelo, RODRIGUEZ, Jorge, y LARRAÍN, Fernando (2004): "Subsidios por Incapacidad Laboral 1991-2002: incentivos institucionales, crecimiento del gasto y una propuesta de racionalización", *Revista Estudios Públicos*, vol. 93: pp. 219-247.

## Normas citadas

Decreto con Fuerza de Ley N° 44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. *Diario Oficial*, 24 de julio 1978.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, 16 de enero de 2003.

Ley N° 20.545, modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. *Diario Oficial*, 17 de octubre de 2011.

# **Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad**

**Edesio Carrasco Quiroga**

Abogado  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Máster en Derecho (LL.M)  
Universidad de California, Berkeley

**Resumen:** El trabajo explica desde una perspectiva sustantiva, orgánica y procedimental un nuevo instrumento de gestión ambiental incorporado por la Ley N° 20.417, denominado Evaluación Ambiental Estratégica. Para ello, explica las políticas, planes e instrumentos sometidos a este nuevo instrumento, los órganos de la Administración del Estado que participan en él y el procedimiento aplicable. De la misma forma, aborda la relación de este nuevo instrumento con principios del derecho administrativo y la forma en que el procedimiento dispuesto en la ley se funde con los ya existentes, especialmente en materia de planificación territorial. Termina analizando recientes dictámenes de la Contraloría General de la República relacionados con esta materia y concluye proponiendo, a partir de una interpretación funcional, la forma en que este instrumento de gestión ambiental debiese ser comprendido.

\*\*\*

## **1. Introducción**

El 26 de enero de 2010 entró en vigencia la Ley N° 20.417. Dicha norma, que modificó la institucionalidad ambiental plasmada en la Ley N° 19.300 (la ley), alteró, entre otras cosas, los instrumentos de gestión ambiental existentes hasta esa fecha. Dentro de los cambios introducidos destaca la consagración de un nuevo instrumento de gestión ambiental denominado Evaluación Ambiental Estratégica (EAE).

La importancia de este instrumento radica en que se fija por ley un procedimiento para el diseño y aprobación de políticas y planes públicos en Chile. Se norma así la manera en que la gestión pública ordena su actuación al momento

de planificar el rumbo de las políticas públicas que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad.<sup>1</sup>

Considerando la importancia de lo anterior, el presente artículo analiza el marco conceptual de este nuevo instrumento y las relaciones que tiene con algunos de los principios del derecho administrativo. Asimismo, explica su relación con la Ley N° 19.880 y los mecanismos de supletoriedad que esta tiene para hacer frente a la ausencia de un reglamento que lo regule en plenitud, y analiza las consecuencias de recientes dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR) sobre esta materia. Termina con una interpretación respecto a la forma en que debe ser entendida la EAE, particularmente en materia de políticas y planes generales, y concluye con ciertas consideraciones finales.

## 2. Marco conceptual

La EAE es definida por la ley como “el *procedimiento* realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política o plan, y sus modificaciones sustanciales”.

Es decir, lo que pretende la EAE es que se incorpore desde un inicio la dimensión ambiental en las decisiones estratégicas, previéndose efectos acumulativos o sinérgicos que pudieran generar la formulación de políticas y planes públicos. Corresponde a un enfoque estratégico que amplía el ámbito de aplicación de la variable ambiental más allá de la predicción y mitigación de impactos específicos que las actividades y proyectos privados producen en un área determinada. Se genera así un procedimiento (que incorpora la coordinación y la transparencia pública legitimada por la ciudadanía) que permite que las políticas públicas puedan ser elaboradas mediante un conjunto de actos trámites (etapas) que racionaliza tanto su diseño como aprobación. Estamos en presencia de una etapa prelegislativa o prerreglamentaria, pues de la política o plan saldrán los instrumentos jurídicos o económicos que permitirán ejecutarla. En consecuencia, es un instrumento que va más allá de lo ambiental y que incorpora la sustentabilidad en su triple dimensión (social, económica y ambiental) al momento que las políticas y planes se estructuran. Se anticipa así una evaluación de

<sup>1</sup> Es importante señalar que el concepto de sustentabilidad es mucho más amplio que el de medio ambiente, e involucra la dimensión económica, social y ambiental en la toma de decisiones. Por lo anterior, este instrumento no sólo puede ser aplicado para políticas y planes de naturaleza estrictamente ambiental, sino para las que también involucren una dimensión más amplia, como lo social o económico.

impacto regulatorio que excede el tradicional análisis costo-beneficio que la ley regula para normas y planes<sup>2</sup>.

El Título II de la ley, en los artículos 7° bis, 7° ter y 7° quáter, regula, con mayor densidad normativa, los aspectos matrices de la EAE. Para ello, explica los instrumentos sometidos a EAE (que no son sólo las políticas y planes) y las principales etapas que este procedimiento tiene. Así, la ley dispone un régimen que estructura la EAE de una manera sustantiva, orgánica y procedimental.

## 2.1 Estructura sustantiva

La ley establece que políticas, planes e instrumentos se someten a EAE. En tal sentido, especifica que se someterán a este instrumento las políticas y planes de *carácter normativo general*, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros para Sustentabilidad (CMS), decida (artículo 7° bis inciso primero).

Asimismo, el inciso segundo del artículo 7° establece, agrupando otra categoría de instrumentos, que *siempre* se someterán a EAE los planes regionales de ordenamiento territorial (PROT)<sup>3</sup>, los planes regionales de desarrollo urbano (PRDU), los planes reguladores intercomunales (PRI), los planes reguladores comunales (PRC) y los planes seccionales (PS).

De igual forma, la ley dispone que la zonificación del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas<sup>4</sup> o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen se someterán, también, de manera obligatoria a la EAE.

De este modo la EAE queda estructurada por medio de dos vías. Una dada por políticas y planes de carácter normativo general que el Presidente de la República decide o no someter a EAE; y otra por medio de los restantes instrumentos que siempre deben someterse a EAE, no quedando supeditada su realización a una decisión presidencial o discrecional del órgano a cargo de diseñar y aprobar dicho instrumento.

<sup>2</sup> Los artículos 32 y 45 letra g) de la Ley N° 19.300 así lo disponen.

<sup>3</sup> Por medio del mensaje N° 128-356/2008, se presentó el proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, reemplazando los planes regionales de desarrollo urbano por los *planes regionales de ordenamiento territorial* (PROT), proyecto que aún se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional.

<sup>4</sup> A la fecha no hay una autoridad que cuente con competencias exclusivas para el manejo integrado de las cuencas, estando dichas potestades dispersas en varios organismos públicos, tales como la Dirección General de Aguas (DGA); el Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR), el Servicio Agrícola Ganadero (SAG) y el Ministerio del Medio Ambiente (MMA).

Es importante destacar que el legislador no especifica qué tipo de políticas y planes se someterán a EAE. A diferencia de lo que el legislador hace en el artículo 10 de la ley al especificar la tipología de proyectos y actividades que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), disponiendo que procederá un estudio de impacto ambiental (EIA) en caso de producirse los efectos que el artículo 11 establece, en materia de EAE delega en el CMS<sup>5</sup> y el Presidente de la República dicha atribución.

Lo anterior se complementa con la función que tiene el CMS de proponer al Presidente de la República las políticas y planes que deben someterse a la EAE (letra d) del artículo 71 de la ley); y, los criterios de sustentabilidad que *deben* ser incorporados en la formulación de políticas y planes públicos de Ministerios sectoriales como en la de sus servicios dependientes o relacionados (letra b) del artículo 71 de la ley).

Es decir, el legislador delegó en otros órganos la decisión de qué políticas y planes serán sometidos a EAE, dando sólo como referencia que las políticas y planes tengan un carácter "normativo general". Tomando en consideración que nuestro derecho no define lo que es una política o un plan, y estando lejos una política de tener una naturaleza normativa, la falta de densidad normativa es evidente. Que el CMS tenga que definir los criterios de sustentabilidad y además proponer al Presidente de la República las políticas sectoriales que deban someterse a EAE, deslegaliza un asunto que requiere de mayores precisiones legales.

Un desafío que a futuro deberá resolverse es cómo los proyectos y actividades sometidos al SEIA consideran las políticas y planes evaluados estratégicamente (inciso cuarto del artículo 8° de la ley). Esto cobra sentido, pues no hay duda de la fuerza normativa y el carácter de normativa ambiental aplicable que tiene un plan de manejo, de prevención o de descontaminación. No obstante, la duda surge en cómo considerar, por ejemplo, una política nacional de energía o un plan de infraestructura pública evaluada estratégicamente en una región determinada al interior del SEIA. Es evidente que un IPT constituye la norma básica que regula el territorio de una comuna determinada. No obstante, distinto es el caso de políticas y planes públicos, pues no sólo carecen de la fuerza normativa comentada, sino además en un estado subsidiario las actividades económicas son desarrolladas por los particulares dejando al Estado sólo como un ente regulador. Al no tener el Estado propiedad sobre muchos bienes de producción (energía, transporte, etc.) la planificación se hace desde el Estado a los agentes privados, quienes sólo tienen obligación de cumplir con la normativa

<sup>5</sup> Dicho órgano está integrado por los Ministros de Medio Ambiente, que lo preside; de Agricultura; de Hacienda; de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Energía; de Obras Públicas; de Vivienda y Urbanismo; de Transporte y Telecomunicaciones; de Minería; y de Planificación.



ambiental aplicable y vigente, la que se espera sea expresión de la política de un país. La coherencia entre las políticas y planes públicos, y las normas que los ejecutan es de vital importancia para el éxito de este instrumento.

## 2.2 Estructura orgánica

Al definirse la EAE la ley se refiere al "Ministerio sectorial" como el órgano a cargo de llevar adelante este procedimiento. No obstante, tomando en consideración que hay instrumentos de planificación territorial que también deben someterse a EAE, no hay duda que las Municipalidades, Gobiernos Regionales y Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero también son competentes para llevar adelante procesos como este en el ámbito de sus competencias. En consecuencia, el abanico de órganos con competencias para desarrollar este instrumento de gestión ambiental es más amplio que los meros "Ministerios sectoriales" que la definición de EAE señala, cuestión que la ley en su artículo 7° bis reconoce.<sup>6</sup>

## 2.3 Estructura procedimental

El procedimiento que la ley establece para la EAE tiene dos etapas: de diseño y aprobación. La primera dada por un período en que el órgano competente para formular la política, plan o instrumento se coordina con otros órganos de la Administración del Estado considerando objetivos y efectos ambientales al trazar el marco sobre el cual la política, plan o instrumento se ejecutará. Terminado el diseño, la etapa de aprobación comienza con la elaboración de un anteproyecto de la política, plan o instrumento que contendrá un informe ambiental que será enviado al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones. Luego, deberá someterse a consulta pública tanto la política, plan o instrumento y el informe ambiental (artículo 7° bis incisos segundo y tercero).

La etapa de aprobación concluye con una resolución de término dictada por el órgano competente. Esta debe cumplir con una serie de requisitos que consisten, principalmente, en fundamentar el proceso llevado a cabo estableciendo indicadores de seguimiento y rediseño de la política, plan o instrumento.

En otras palabras, no importando lo que sea sometido a EAE, la ley establece un procedimiento de dos etapas (diseño y aprobación) e incorpora en cada una de ellas distintas fases, cuales son: coordinación pública en el diseño; y, la elaboración de un anteproyecto, un informe ambiental (este último enviado al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones), la realización de una

<sup>6</sup> El inciso segundo del artículo 7° bis de la ley N° 19.300 dispone que el procedimiento y aprobación de los instrumentos de planificación territorial "estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro de la Administración del Estado, respectivamente".

consulta pública y una resolución de término en su aprobación (requisitos que el artículo 7° quáter dispone).

El artículo 7° ter de la ley establece que un reglamento establecerá el procedimiento y plazos en virtud del cual se tramitará este tipo de evaluación, debiendo considerar, entre otras cosas, los contenidos mínimos del informe ambiental, la forma de participación del público interesado y la forma de publicidad de la política o plan a la comunidad y público interesado, de manera “masiva, completa y didáctica”<sup>7</sup>.

De lo que se desprende que la EAE es un procedimiento que tiene un carácter político (bien común y participación ciudadana), jurídico (expresión de la voluntad administrativa por medio de una relación procedimental), y técnico (reglas científico-técnicas y prácticas) que permite que las políticas y planes públicos puedan tener eficacia<sup>8</sup>. Para que todo lo anterior tenga sentido, un examen previo de alternativas es indispensable, pues parte de las observaciones que el Ministerio del Medio Ambiente debe hacer al informe ambiental dice relación con el examen éstas. Toda decisión estratégica debe someterse a un análisis de opciones indispensable para fundamentar su decisión. En tales términos, una revisión acuciosa para saber si éstas cumplen adecuadamente con los objetivos y consideraciones ambientales previamente definidas en la etapa de diseño de la política, plan o instrumento, es esencial.

### **3. Evaluación ambiental estratégica y principios de derecho administrativo**

#### **3.1 Principio de legalidad**

Como se desprende de la regulación contenida en el artículo 7° bis de la ley, la EAE cuenta con un procedimiento cuyas bases descansan en la ley, siendo el principio de legalidad o juridicidad<sup>9</sup> uno de los pilares de la actividad administrativa consagrado constitucionalmente en los artículos 6°, 7° y 63 N° 18 de la Constitución. Es la ley la que habilita a la Administración (por medio de cualquiera de sus órganos y en la forma que prescribe la ley) para realizar la EAE. Pese al mandato entregado al reglamento, y descritas las etapas que la ley establece al regularla, se aprecia que nada impediría, como lo ha planteado recientemente la CGR<sup>10</sup>, que la EAE sea puesta en ejecución sin tener todavía un reglamento que la regule en detalle.

<sup>7</sup> Para un análisis completo acerca de la publicidad de los actos administrativos, ver BOCKSANG (2010), pp. 52-59.

<sup>8</sup> Ver DROMI (2009), pp. 1109-1110.

<sup>9</sup> Soto (1996), p. 20.

<sup>10</sup> Dictamen N° 78.815, de 28 de diciembre de 2010.

### 3.2 Principio de reserva legal

Con la misma intensidad, puede advertirse que el principio de reserva legal también es recogido (el artículo 19 en variados números, especialmente en el N° 26, y el artículo 64 inciso segundo, ambos de la Constitución, así lo reconocen). Pese a que la extensión de este principio es debatida en nuestro derecho<sup>11</sup>, no cabe duda que lo esencial de la regulación de la EAE está radicado en una norma de rango legal (legitimidad democrática). Creemos que el legislador ha regulado con razonable determinación los contornos básicos de este instrumento –salvo al especificar qué se entiende por política o plan–, pues derechos como la libertad y la propiedad, fundamentos históricos para la justificación de la reserva legal, pueden verse limitados cuando instrumentos de planificación territorial son diseñados o modificados, cuestión que es concordante, en parte, con la regulación que la ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) dispone.

### 3.3. Principio de coordinación

Recogiendo el principio de coordinación establecido en el artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), el procedimiento de la EAE obliga, durante la etapa de diseño, a “integrar a otros órganos de la administración del Estado vinculados a la materias objeto de la política o plan, así como otros instrumentos relacionados con ellos, a fin de garantizar la actuación *coordinada* de las entidades públicas involucradas en los proyectos afectados por la política o plan” (artículo 7° bis inciso cuarto, énfasis agregado). De este modo, la ley mandata, en el diseño de políticas y planes públicos, una necesaria coordinación con la finalidad de lograr cierta unidad al formularse políticas públicas. El objetivo de consagrar esta instancia tiene por finalidad alcanzar una adecuada concordancia al pensarse políticas y planes públicos (incluidos los de naturaleza territorial), obligando a un esfuerzo conjunto que aminore la duplicidad de tareas y mejore la eficiencia. La coordinación descrita se manifiesta en una cooperación intersectorial, la que en palabras de Jorge Bermúdez encuentra su trasfondo en el “aumento cuantitativo y cualitativo de las tareas que el Estado asume, así como la complejidad de las mismas y la disminución en personal y capacidades de la Administración Pública”<sup>12</sup>.

### 3.4 Principio de razonabilidad

De la mano de los principios anteriores, el principio de *razonabilidad* en la actuación administrativa también es reconocido al finalizarse el procedimiento

<sup>11</sup> Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) muestran diferencias en la forma de entender los límites de la ley/reglamento al regular derechos fundamentales, aunque desde el año 2003 la postura del TC parece tener cierta estabilidad en la forma de comprenderla.

<sup>12</sup> BERMÚDEZ (2010), p. 71

de la EAE. En efecto, el artículo 7° quáter establece que la etapa de aprobación de la política o plan culminará con una resolución del Ministerio sectorial que señalará todo el proceso de elaboración de la política o plan desde su etapa de diseño, incluyendo “la participación de los demás organismos del Estado, la consulta pública realizada y la forma en que ha sido considerada, el contenido del informe ambiental y las respectivas consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan para su dictación”. Es decir, el acto terminal debe dar cuenta del proceso de diseño y aprobación llevado a cabo, pues como bien lo plantea Gladys Camacho, “no es admisible que las decisiones de la autoridad pública, en particular la administrativa, se sostengan sólo bajo la cobertura de la autoridad de una disposición legal que la habilite”<sup>13</sup>. Así, la motivación del acto es una cuestión que ha sido legalmente consagrada en la EAE para evitar que su aprobación se desvíe de su fin.

Este principio descansa, primeramente, en la Constitución, la que prohíbe que actos u omisiones arbitrarias o ilegales produzcan privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de algún derecho fundamental (artículo 20, vía acción de protección), pero también en la ley de bases que rige los actos de los órganos de la Administración del Estado, Ley N° 19.880, que también lo reconoce. El artículo 41 de dicha norma es claro al estatuir que las “resoluciones contendrán la decisión, que será fundada” (énfasis agregado).

Los principios descritos constituyen las bases esenciales sobre las cuales este principio de gestión ambiental está estructurado. Su legalidad y reserva legal está dada principalmente por medio de la ley y la LGUC; su coordinación en la etapa de diseño adelanta un proceso que antes se llevaba al interior al SEIA en el caso de los IPT; y, la razonabilidad encuentra su expresión al fundar, todo órgano que someta una política, plan o instrumento a la EAE, su decisión en las actuaciones llevadas adelante durante todo el transcurso del procedimiento.

#### **4. EAE y procedimiento administrativo**

En línea con lo comentado previamente, no sólo son aplicables a la EAE los principios de derecho administrativo general, sino también aquellos que la Ley N° 19.800 dispone. Por las etapas que señalamos previamente, y sin perjuicio de la forma en que el reglamento finalmente detalle los procedimientos respectivos, no cabe duda que el principio de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, de economía procedimental, de imparcialidad, abstención, de no formalización, de inexcusabilidad y de transparencia son aplicables a la EAE.

<sup>13</sup> CAMACHO (2010), p. 48

No obstante, en ausencia de un reglamento que regule la manera en que la EAE debe ejecutarse, la propia ley establece mecanismos de supletoriedad que hacen que este instrumento, pese a la inexistencia de un reglamento a la fecha, pueda a empezar a ser usado, cuestión que de hecho ya está ocurriendo a la luz del Dictamen N° 78.815/2010 de la CGR que más adelante comentaremos.

Siguiendo a Alejandro Vergara, el mecanismo que en este caso operaría sería la autointegración<sup>14</sup>, pues ante los vacíos de un procedimiento de naturaleza administrativa (EAE), éste sería suplido con normas del propio derecho administrativo, en particular por medio de la Ley N° 19.880. En tales términos, el artículo 1° de dicho cuerpo legal dispone claramente en su inciso primero que en caso que la ley establezca procedimientos administrativos, como lo es el caso de la EAE, “la presente ley se aplicará con carácter de *supletoria*” (énfasis agregado). De esta forma, el procedimiento establecido para la EAE en el artículo 7° bis y 7° quáter puede ser complementado por medio de las disposiciones de la Ley N° 19.880. Ese ha sido, en general, el criterio adoptado por la CGR, la que ha dictaminado que las normas indicadas en la Ley N° 19.880 se aplican a “*todos los procedimientos administrativos que desarrollan los órganos de la Administración, salvo que la ley establezca procedimientos especiales, en cuyo evento dicha preceptiva rige con carácter supletorio. Precizando este último aspecto, la jurisprudencia administrativa (dictamen N° 20.119, de 2006) ha señalado que los procedimientos administrativos especiales que la ley establece deben regirse por las normas contenidas en el ordenamiento que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a las prescripciones de la Ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas, lo que resulta del significado que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia asigna al vocablo supletoria (esto es, lo que suple una falta), y al término suplir (esto es, cumplir o integrar lo que falta a una cosa, o remediar la carencia de ella)*”.<sup>15</sup>

De esta forma, la pregunta que surge, ya descrito el procedimiento establecido en la ley para la EAE, es determinar qué aspectos de la ley de bases de procedimientos administrativos y otros cuerpos legales pueden suplir lo que los artículos 7 bis y 7° quáter no regulan.

La respuesta a ello puede encontrarse en la Ley N° 19.880; en la LGUC y en su Ordenanza General (OGUC); y, en el Decreto Supremo N° 485 de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece la Política Nacional de Uso del Borde Costero.

<sup>14</sup> VERGARA (2011), p. 93.

<sup>15</sup> Dictamen N° 39.348, de 30 de agosto de 2007.



#### 4.1 Políticas y planes

Al regularse únicamente en la ley (artículo 7° bis y 7° quáter) la forma en que las políticas y planes de carácter normativo general se someten a EAE, la supletoriedad de la Ley N° 19.880 es evidente. Si bien dicha norma no suple todos los vacíos o lagunas, aporta bases sustanciales que permitirían darle funcionalidad a este instrumento de gestión cuando las políticas y planes ingresen a la EAE. En este caso, normas referidas al cómputo de plazos en el procedimiento (artículo 25); la solicitud de informes y el valor de éstos, cuestión relevante en la etapa de diseño (coordinación) y de aprobación (informe ambiental; artículos 37 y 38); y, de información o consulta pública (artículo 39), solucionan, en parte, la ausencia de un reglamento. En igual sentido, podrían aplicarse los artículos referidos al público interesado (artículo 21)<sup>16</sup> toda vez que el artículo 7° ter obliga a regular en un reglamento la participación del público "interesado". Por último, y al margen de los requisitos legales especiales, la resolución de término debiese incluir aquellos aspectos adicionales que todo acto terminal debe incorporar al concluirse un procedimiento (artículo 41).

De esta forma se concluye, pese a sus limitaciones, que hay espacio suficiente para utilizar la Ley N° 19.880 supletoriamente cuando políticas y planes de carácter normativo general sean sometidos a EAE.

#### 4.2 Instrumentos de planificación territorial

La regulación de estos instrumentos (PRDU, PRI, PRC y PS) ya tiene una regulación legal y administrativa intensa por medio de la LGUC (DFL 458/78) y su OGUC (D.S. 47/92). Particular interés reviste este asunto, pues para la funcionalidad del sistema es necesario hacer comulgar tanto la ley y sus normas referidas a EAE, y las restantes de carácter urbanístico que regulan este tipo de planes.

Se deja constancia que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, el artículo 10, letra h) de la ley establecía que los instrumentos de planificación territorial se sometían al SEIA, ya sea por medio de una declaración de impacto ambiental (DIA) o un estudio (EIA), dependiendo de si se generaban algunos de los efectos que el artículo 11 de ley establece. Hoy, por medio de

<sup>16</sup> Eventualmente, también podría ser aplicable la Ley N° 20.500, sobre *Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública*, la que en su artículo 15 define como organizaciones de interés público, para efectos de dicha ley y los demás que establezcan leyes especiales, a "aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el catastro que establece el artículo siguiente. Por el solo ministerio de la ley tienen carácter de interés público las organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales constituidas conforme a la Ley N° 19.418 y las comunidades y asociaciones indígenas reguladas en la Ley N° 19.253".

la modificación legal comentada, la planificación territorial queda sujeta a un instrumento de gestión ambiental denominado EAE, dejando así únicamente dentro del SEIA la evaluación ambiental de actividades y proyectos, cuestión que tiene lógica a la luz de lo que se evalúa en cada una de las herramientas de evaluación ambiental que la ley prevé.

Por lo anterior, la superposición de normas legales de naturaleza ambiental y urbanística se torna patente, operando también una supletoriedad. Más allá de las consideraciones temporales de ambas normas, que datan de períodos distintos (las urbanísticas de 1978 y 1992, y la ambiental referida a EAE desde el 2010), lo concreto es que en este caso creemos que la Ley N° 20.417 suple aquellos aspectos que las normas urbanísticas (especiales) citadas no abarcan o regulan en materia de EAE. Y si a dicha norma no le es posible hacerlo, correspondería aplicar, subsidiariamente, las normas (generales) contenidas en la Ley N° 19.880 ya revisadas. Lo anterior se explica debido a que todo instrumento de planificación territorial ya cuenta con etapas específicas, más o menos definidas en su aprobación (que también regula la EAE), que descansan algunas en una ley, no pudiendo un reglamento, por su naturaleza jurídica, modificarlas, sino más bien reconocer.

Así las cosas, y analizado cada uno de los procedimientos que regulan cada de uno de estos instrumentos, se aprecia, por ejemplo, que ya existen instancias que obligan a una cierta coordinación previa al momento de ser diseñado un PRDU o un PRI. En el primer caso se establece que deberá ser confeccionado de acuerdo *"a las políticas regionales de desarrollo económico"*, lo que obliga un diálogo institucional con el Gobierno Regional (artículo 32 de la LGUC). En el segundo, la ley obliga a consultar *"a las Municipalidades correspondientes e Instituciones Fiscales que se estime necesario, sin perjuicio de las normas especiales que se establezcan para el área metropolitana"* (artículo 36 de la LGUC).

En lo demás, bajo la lógica del diseño y la aprobación (etapas que la propia ley define), especialmente en cuanto a las observaciones del Ministerio del Medio Ambiente y la consulta pública, operarían, supletoriamente, las normas de la ley N° 19.880 (artículos 37, 38 y 39).

En materia comunal la problemática es diferente. Si bien los PRC y PS no cuentan con instancias de coordinación formalmente reconocidas en su diseño, sí cuentan, en ambos casos, con instancias debidamente reguladas en materia de participación ciudadana. El artículo 43 de la LGUC, complementado con el artículo 2.1.11 de la OGUC, contempla un riguroso proceso de consulta y audiencias que tienen por objeto informar y hacer participar a los vecinos en el diseño o modificación del instrumento.<sup>17</sup> Al respecto, esto hace que

<sup>17</sup> Es importante señalar que la Corte Suprema (Rol N° 258-2011), dictaminó con fecha 3 de julio de 2011, que la consulta que la LGUC y la OGUC regulan, no cumple con el estándar del Convenio N°

el proceso de consulta, exigido por la EAE, ya esté regulado legalmente, no pareciendo razonable –más allá de su méritos– que otra consulta, al margen de la existente, sea incorporada tomando en consideración lo complejo del proceso, la eficiencia del sistema y los recursos dispares con que cuentan, en general, los municipios.

Sin perjuicio que el proceso de consulta ya está regulado legalmente en materia de PRC y PS, la etapa de coordinación, en su diseño, no cuenta con normas suficientes que permitan regularlo. En tal caso, y más allá de la regulación contenida en la ley, por intermedio de los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19.880 se puede dar salida a un instrumento de gestión ambiental que, como explicamos más adelante, ya comenzó funcionar pese a no existir un reglamento que regule la EAE con precisión.

La resolución o decreto que aprueba un instrumento de planificación territorial debe cumplir con los requisitos que tanto la LGUC, la OGUC y el artículo 7° quáter de la ley le exigen. En tal sentido, el nivel de exigencia que este último artículo hace a este tipo de actos administrativos terminales, no importando el tipo y en razón de que estamos ante un acto fundado, es muy detallado. Lo anterior se explica debido a que este último artículo requiere que el acto terminal deje constancia –además de lo exigido por las normas urbanísticas– de la *“participación de los demás organismos del Estado, la consulta pública realizada y la forma en que ha sido considerada, el contenido del informe ambiental y las respectivas consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan para su dictación, así como los criterios e indicadores de seguimiento destinados a controlar la eficacia del plan o política, y los criterios e indicadores de rediseño que se deberán considerar para la formulación de dicho plan o política en el mediano o largo plazo”*<sup>18</sup>.

Finalmente, en materia de publicidad del acto, más allá de la necesaria publicación en el Diario Oficial del acto administrativo (decreto alcaldicio o resolución) que contiene los lineamientos (PRDU), ordenanza (PRI) u ordenanza local (PRC y PS), esta debe ser difundida de manera masiva, completa y didáctica a los afectados y la comunidad en general (artículo 7° quáter)

169 de la OIT, pues *“desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”* (Considerando octavo).

<sup>18</sup> Si bien el artículo 7° quáter se refiere al “Ministerio sectorial” como el órgano competente para dictar la resolución de término, una lectura coherente y funcional de este instrumento de gestión ambiental no debiese llevar a excluir a los IPT del cumplimiento de dichos requisitos.

### 4.3 Zonificación del borde costero

Una realidad completamente distinta tiene la regulación de la zonificación del borde costero (ZBC). Si bien la Política Nacional de Uso del Borde Costero descansa en el Decreto Supremo N° 475/94 del Ministerio de Defensa Nacional, el que incluso crea órganos públicos, tales como las Comisiones Regionales y la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero, su tramitación no descansa en ningún cuerpo legal o administrativo.

Al margen de ciertas reglas que contiene el instructivo presidencial N° 1/2005, que regula el funcionamiento interno de las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero, lo concreto es que este instrumento carece de un procedimiento reglado que descansa en una ley o en un reglamento. Simplemente, un tipo de "costumbre administrativa" ha ido modelando la forma en que se hace una propuesta de zonificación en Chile.

Considerando lo anterior, tanto las normas contenidas en los artículos 7° bis y 7° quáter de la ley, y los principios y reglas que la Ley N° 19.880 dispone, permiten darle estructura a dicho procedimiento. Estas reglas, a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos de planificación territorial, permiten darle un procedimiento (formalidad) a la ZBC, solucionando así un problema permanente en este tipo de procedimientos y que el futuro reglamento debiese mejorar.

En resumen, siguiendo a Cordero, y más allá de lo que se someta a EAE, estaríamos en presencia de una supletoriedad de segundo grado, pues el legislador ya ha regulado parcialmente el procedimiento administrativo referido a EAE<sup>19</sup>, correspondiendo a la Ley N° 19.880 suplir, en iguales términos, el procedimiento referido a políticas, planes y la ZBC.

### 5. EAE y la Contraloría General de la República (CGR)

Lo señalado anteriormente referido a la supletoriedad que operaría en materia de EAE tanto en políticas, planes e instrumentos de planificación territorial tiene una razón práctica. La CGR, con fecha 28 de diciembre de 2010, por medio del Dictamen N° 78.815, a raíz de la modificación del plano regulador de la Municipalidad de Vitacura, dictaminó que *"los planes reguladores comunales y modificaciones sustanciales no están obligados a someterse a evaluación de impacto ambiental, y que con arreglo a lo dispuesto en el inciso final de su artículo primero transitorio, aquellos sometidos a esa evaluación antes de dicha oportunidad, se sujetarán en su tramitación y aprobación a las normas vigentes al momento de su*

<sup>19</sup> CORDERO (2005), p. 22.

ingreso". En la misma línea, la CGR dispuso "que los preceptos de la Ley N° 19.300 examinados, prevén un procedimiento administrativo especial –la evaluación ambiental estratégica–, al que deberán someterse, entre otros, los planes reguladores comunales, sus modificaciones sustanciales y los instrumentos que los reemplacen o sistematicen, que contiene regulaciones precisas en cuanto a los criterios y trámites que se contemplarán en las etapas de diseño y aprobación de los mismos. Sin embargo, la referida ley no señala los plazos ni el detalle del procedimiento de la evaluación ambiental estratégica, ya que se remite a un reglamento para tales efectos, indicando los elementos que dicho cuerpo normativo deberá contemplar, por lo cual, concurren los supuestos necesarios para aplicar con carácter supletorio –en los términos previstos en el artículo 1° de la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado– las normas de esa ley en aquellos aspectos donde exista un vacío legal que, al tenor de dicho artículo 1°, puede suplirse o llenarse por esa vía (aplica dictamen N° 64.580, de 2009)".

Al terminar, el dictamen concluye que los instrumentos de planificación territorial "que no hayan ingresado al sistema de evaluación ambiental antes de la fecha de publicación de la Ley N° 20.417, deben someterse a evaluación ambiental estratégica a partir de dicha data", es decir, desde el 26 de enero de 2010.

Este dictamen, que determinó que la EAE comenzaba *in actum*, sin necesidad de esperar la dictación de un reglamento que precisara su procedimiento, llevó al Ministerio del Medio Ambiente, en conjunto con el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y de Defensa Nacional, a elaborar una Guía (para los IPT) y a dictar un Instructivo (para la ZBC), que oriente la forma en que este instrumento se ejecuta mientras el reglamento entra en vigencia.

Sin embargo, el dictamen anterior fue modificado por la CGR. Con fecha 1° de julio del presente año el organismo contralor modificó el criterio anterior por uno más flexible. Así las cosas, y al margen de la estabilidad normativa que todo dictamen debiese poseer, la CGR de manera más funcional y operativa, dispuso (dictamen N° 41.275, de 1° de julio de 2011), en razón al principio de igualdad reconocido en la ley (artículo 22)<sup>20</sup> y a la buena fe, "como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado–", debido al oficio ordinario N° 102109, de 9 de julio de 2010, de la extinta CONAMA, que señalaba que en ausencia de un reglamento la EAE no era aplicable para los IPT, que "verificado el ingreso de los instrumentos de planificación territorial al SEIA con anterioridad al mismo dictamen (el de 28 de diciembre de 2010), no será exigible a sus titulares someterlos a EAE". Lo anterior, a juicio del ente

<sup>20</sup> El artículo 22 de la Ley 19.300 establece que "Los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental establecido en el presente párrafo, y se sujetarán a las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado..." (énfasis agregado).



contralor, significaría *“transgredir el amparo que el referido principio de buena fe brinda a las reparticiones que, en cumplimiento del parecer sostenido por la autoridad ambiental a esa época, realizaron dicho trámite en el convencimiento de ajustarse a la preceptiva contenida en la Ley N° 19.300, aludida”*. En armonía con dicho criterio, la situación de cada IPT debe, de acuerdo a la Contraloría, ser resuelta teniendo en cuenta *“la fecha en que se inició el procedimiento que dio origen a las correspondientes resoluciones de calificación ambiental. Por consiguiente, si esa fecha es anterior al 28 de diciembre de 2010, no resulta exigible el sometimiento de tales proyectos a evaluación ambiental estratégica, pero si es posterior, la obtención de la aprobación ambiental, en los términos señalados, no obsta a que los mismos deban ser evaluados conforme al régimen establecido por la preceptiva en vigor”*.

Al terminar, el dictamen concluye que si un IPT obtuvo resolución de calificación ambiental (RCA) favorable en el marco del SEIA y requiere hacer cambios, y estos constituyen modificaciones sustanciales, o los reemplazan o sistematizan, *“deben someterse a evaluación ambiental estratégica”*.

El cambio de criterio experimentado por la CGR permite no sólo darle una respuesta razonable a los IPT que ingresaron de buena fe al SEIA, sino que además hacer realidad el principio de la gradualidad por medio del cual las normas de derecho ambiental deben ser implementadas progresivamente y no de manera abrupta.<sup>21</sup> Es destacable entonces que la CGR haya definido, a la luz del caso concreto –el dictamen se origina en virtud de una solicitud de la Municipalidad de Peñalolén cuya resolución de calificación ambiental era posterior al 28 de diciembre de 2010– un criterio flexible que compatibilice la igualdad ante la ley, la buena fe y la gradualidad en la implementación de las normas de naturaleza ambiental.

## **6. ¿Interpretación formal o funcional?**

Ante un problema jurídico que requiere una interpretación que lo solucione se pueden adoptar distintas posturas que pueden arrojar diversos resultados. Dentro de dichas opciones se encuentra el adoptar una interpretación formal (entendida como un apego estricto a la letra y estructura de la Constitución o la ley, otorgando estabilidad y continuidad) o una funcional (aquella que privilegia una interpretación, dentro de la Constitución y la ley, amplia y flexible que operativice el sistema y lo haga funcionar de manera sensata a la luz del caso

<sup>21</sup> Si bien en la ley N° 19.300 no hay ninguna norma expresa que reconozca este principio, al menos en materia de planes de prevención y descontaminación, y en el sinnúmero de normas de emisión o de calidad existentes, se aprecia, por ejemplo, la existencia de plazos para alcanzar reducciones y la estimación de costos económicos y sociales al momento de ser diseñados (artículo 45).

concreto, capaz de adaptarse y evolucionar).<sup>22</sup> Sin perjuicio de que ambos tipos de interpretación pueden ser compatibles, en el caso de la EAE una interpretación que acentúe su carácter funcional parece recomendable no sólo ante la ausencia de un reglamento que la regule hoy –tomando en cuenta que la EAE partió el 28 de diciembre de 2010–, sino además por sus propias características y lo difusa de alguna de sus normas. Los actores públicos que participan de este proceso requieren flexibilidad en su actuar al momento de diseñar políticas, planes e instrumentos, que son, en general, rediseñados regularmente fruto de los vaivenes de la política y la discusión pública. Se deben evitar así interpretaciones que restrinjan la innovación y que formenten la independencia o aislamiento de los órganos de la Administración del Estado. Debe evitarse que un procedimiento rígido desincentive que los órganos de la Administración del Estado sometan sus políticas y planes a la EAE. El procedimiento debe mantenerse siempre simple.

Lo planteado, más allá de lo dispuesto en la ley, debe llevarnos a entender la EAE, tal como la CGR lo ha dictaminado recientemente, no de una manera rígida, pues lo que esta evalúa son políticas y planes públicos.<sup>23</sup> Es decir, al no ser instrumentos de naturaleza estrictamente jurídica lo sometido a EAE, sino una discusión previa que orienta decisiones y caminos de acción de manera temprana, la elasticidad en su interpretación debiese ser la forma de entenderla, salvo en el caso de los IPT, que ya cuentan con un procedimiento extremadamente reglado por dos leyes y una ordenanza general que tiene fuerza normativa.

Así las cosas, el criterio adoptado por la CGR el 1° de julio reconoce, a partir de la buena fe y de la igualdad de los proyectos privados y públicos sometidos al SEIA, una funcionalidad necesaria a la EAE para que esta comience a operar gradualmente, pues le dio cerca de un año a la Administración Pública para conocer, adaptarse y cooperar para el éxito de este nuevo instrumento de gestión ambiental, teniendo, el propio ordenamiento jurídico, instrumentos legales que permiten aplicar la EAE de manera práctica y realista: la Ley Nº 19.880, la LGUC y la OGUC.

## 7. Consideraciones finales

Ante este nuevo instrumento de gestión ambiental incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, nuevos desafíos surgen para la Administración Pública. Al

<sup>22</sup> Para una explicación más detallada de esta dicotomía anclada con mucha fuerza en el derecho norteamericano, ver STRAUSS (1984), BROWN (1991) y ESKRIDGE (1998).

<sup>23</sup> De acuerdo al estudio de la COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO (2010), se define política como la “*formulación de lineamientos y directrices para responder a una necesidad social o generar mejores estados de desarrollo, con principios, objetivos y metas precisas*” y planes como instrumentos “*de carácter técnico político en que de forma coordinada se encuentran lineamientos, prioridades, metas, directivas, criterios, disposiciones, estrategias de acción, financiamiento e instrumentos con el fin de alcanzar las metas y objetivos propuestos*”, p. 170, en RAMÍREZ (2010), p. 49.

contar con un procedimiento que ordena la forma en que las políticas y planes públicos pueden llevarse a cabo, el Estado se pone al servicio de la persona humana al coordinarse en el diseño, incorporando la dimensión ambiental y sometándose a un proceso de consulta pública en su aprobación que permite transparentar y legitimar sus decisiones.

Es de esperar que la EAE, apoyada por las reglas y principios que la Ley N° 19.880 contempla, pueda alcanzar madurez y que con el tiempo la Administración del Estado incorpore las capacidades necesarias que le permitan asumir eficientemente este importante instrumento de gestión ambiental. Para que lo anterior cobre sentido, una interpretación que flexibilice su operatividad se hace indispensable.

### **Bibliografía citada**

BERMÚDEZ, Jorge: *Derecho administrativo general*. LexisNexis. 349 (2010).

BOCKSANG, Gabriel: *El procedimiento administrativo chileno. Estudio Analítico y Sistemático de Coherencia* (2006).

BROWN, Rebecca L.: *Separated powers and ordered Liberty*, 139 U. PA. L. REV. 1513 (1991)

CAMACHO, Gladys: *Tratado de derecho administrativo, La actividad sustancial de la administración del estado*, Tomo IV, 457 (2010).

CORDERO, Luis: *La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo*. II Jornadas de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile (2005).

DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina. Hispania Libros. 12ª edición (2009).

ESKRIDGE, William N.: *Relationships between formalism and functionalism in separation of powers*, 22 HAR. J.L. PUB. POL'Y. 21 (1998).

RAMÍREZ, Daniella: *Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública*, *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas. Actas de la V Jornadas de Derecho Ambiental*, Universidad de Chile. 47 (2010).

STRAUSS, Peter: *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573 (1984).

SOTO, Eduardo: *Derecho administrativo. Bases fundamentales. Tomo II*. Editorial Jurídica. 480 (1996).

VERCARA, Alejandro: *Instituciones de derecho administrativo general. Texto exclusivo para alumnos. Sin edición*, 110 (2011).

### **Normas legales citadas**

Constitución Política de la República de Chile, cuyo texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado por el decreto supremo N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto con Fuerza de Ley N° 458/1978.

Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, Decreto Supremo N° 47/1992.

Decreto Supremo N° 475/1994, del Ministerio de Defensa Nacional.

### **Jurisprudencia citada**

Sentencia de la Corte Suprema de 3 de Julio de 2010, Rol N° 258-2011.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 78.815, de 28 de diciembre de 2010.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 41.275, de 1° de julio de 2011.

### **Otras fuentes**

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO, Informe Final, 2010.

# Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin

**Alejandro Leiva López**

Profesor de Justicia Criminal  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

*"No existe ni las más mínima razón objetiva por la cual la mera causación del peligro debiera fundamentar una posición de garante".*

HANS WELZEL

**Resumen:** En el presente trabajo nos aproximaremos a cada una de las posiciones de garante reconocidas a nivel dogmático y desarrollaremos especialmente aquella denominada "principio de injerencia" o "hacer precedente", cuya concepción no está exenta de controversias.

Veremos que los presupuestos y limitaciones al principio de injerencia que señala Roxin no permiten en todos los casos fundar una posición de garante. En especial, se tratará el estado de necesidad justificante, el cual en ningún caso funda una posición de garante por injerencia, sino a lo sumo responsabilidad por la falta de omisión de socorro.

\*\*\*

## Introducción

No todo el que omite una determinada conducta es responsable penalmente del resultado lesivo que produzca, sino sólo aquel que tiene el deber u obligación

<sup>1</sup> WELZEL (1970) p. 297.



de evitarlo<sup>2</sup>. La fuente de dicha obligación de actuar se denomina "posición de garante", la cual tiene múltiples manifestaciones.

Las fuentes de garante de mayor relevancia y acogida en nuestro ordenamiento son: (a) la ley; (b) el contrato (o principio de asunción); (c) la comunidad de vida y la comunidad de peligro; y (4) el principio de injerencia o hacer precedente.

Precisamente y en cumplimiento del mandato expresado en el título de este trabajo, analizaremos –a la luz de la teoría de la imputación objetiva– este último principio o fuente de posición de garante, sin dejar de manifestar nuestra posición crítica respecto a la misma.

Comencemos:

En cuanto a los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, no existen dudas, y así lo establece nuestro Código Penal, tanto en su artículo primero como en el artículo 492, que los crímenes y simples delitos contra las personas pueden ser cometidos tanto por acción como por omisión<sup>3</sup>. Este último caso, siempre que se den las circunstancias de posición de garante respecto al sujeto activo del delito, es decir, la obligación de socorro que se tiene respecto de determinadas personas cuando éstas se encuentran en una situación de peligro o riesgo vital<sup>4</sup>.

Esta obligación de socorro o ayuda puede estar establecida en primer lugar en la ley, como la que existe entre un padre y un hijo; en segundo lugar, en un contrato, como la niñera respecto a los menores que cuida; y otras que

<sup>2</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha declarado "(...) que no se discute en la doctrina nacional ni en el derecho comparado que en todos los casos de delitos de omisión se trata de delitos de infracción de deber, ya que no todo el que omite es autor de un delito, sino sólo aquel al que incumbe concretamente el deber de evitar el resultado descrito en el tipo y tal deber es de protección y conservación de índole jurídico-civil, pública y consuetudinaria, cuyo quebrantamiento se sanciona como infracción a la normativa penal (...)" CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2006) Rol N° 168.

<sup>3</sup> Así lo ha declarado nuestra Corte Suprema en el sentido de que: "(...) existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos –vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad– usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una "acción" como en una "omisión", el inciso 2° insiste en ello y el artículo 2° declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas" CORTE SUPREMA (1998) Rol N° 1338.

<sup>4</sup> *Lege ferenda*: se propone insertar en nuestro Código Penal un artículo específico que regle la comisión por omisión o comisión impropia. Sabido es que el artículo 11 del Código Penal español reza: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

agrega la dogmática penal, como el principio de injerencia y la comunidad de vida o de peligro.

Para fundar –en esta materia– un criterio de atribución de responsabilidad penal debemos recurrir precisamente a las denominadas fuentes de posición de garante, las que podemos definir como aquellos criterios legales y dogmáticos a través de los cuales se fundamenta la responsabilidad penal de quienes, teniendo el deber jurídico de actuar o realizar conductas tendientes a evitar un perjuicio o mal, no lo hacen, y dicha omisión es consciente y voluntaria, configurándose en este caso la conducta delictual, haciendo procedente la sanción penal.

Es importante precisar que las posiciones de garante no forman parte del derecho escrito, sin embargo, pueden extraerse de él y dar cimiento a la persecución penal. En este sentido los autores Bustos, Grisolia y Politoff nos enseñan que “la posición de garante no es inventada, sino descubierta por el juez, quien no crea el derecho, sino lo reconoce en el ordenamiento jurídico positivo”<sup>5</sup>.

Analizaremos así, brevemente, cada una de estas posiciones para luego fundar un criterio de atribución de responsabilidad penal a la luz de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

## 1. La ley

Como primera fuente de posición de garante, la ley dice relación con aquellas normas de general aplicación que establecen o asignan a una determinada persona la obligación de velar por el cuidado y resguardo de otro individuo, es decir, existe un mandato general y abstracto que obliga, en forma imperativa, a un sujeto de derecho a velar por la salud o cuidado de otro individuo cuando este no es capaz de hacerlo por sí mismo.

Como ejemplo, encontramos todas las normas regulatorias del derecho de familia. Así, el título IX del Libro I del Código Civil establece en su artículo 222 inciso segundo que: “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo (...)”. El artículo 223 del mismo título nos dice que, aun emancipado el hijo, “(...) queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios” y dentro de las obligaciones entre los cónyuges, el artículo 131 establece que estos deberán: “(...) socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (...)”.

<sup>5</sup> POLITOFF *et al.* (1993) p. 57.

Ahora bien, no basta para responsabilizar penalmente a estas personas la existencia de una conducta pasiva cuando se tiene la obligación de actuar en una determinada situación de peligro<sup>6</sup>, sino que deben concurrir otros requisitos copulativos, los que se deberán analizar a la luz de cada caso en particular.

Lo que está claro a nuestro juicio es que si pudiendo el garante o responsable actuar, no lo hace, y esa inacción es consciente y voluntaria, produciéndose el mal, éste deberá responder penalmente<sup>7</sup>.

Finalmente, si bien se menciona la ley como principal fuente de garante, se acepta en la doctrina nacional<sup>8</sup>, dentro del concepto de ley, otras normas de igual o mayor jerarquía. Hablamos de tratados internacionales ratificados por Chile y que actualmente se encuentren vigentes, reglamentos y otros. Sin embargo, su análisis excede los límites del sentido y fin de este trabajo.

## 2. El contrato

Como una declaración de voluntad en que se crean obligaciones entre dos o más partes respecto a velar por la vida, la seguridad o la integridad de una persona, el contrato es considerado como fuente reconocida de posición de garante o custodio de bienes jurídicos.

Damos como ejemplo la enfermera contratada para velar por el cuidado de un anciano enfermo; la niñera contratada para custodiar a los infantes; el guarda-espaldas requerido para escoltar y proteger a un determinado individuo; o el conocido ejemplo del salvavidas contratado para vigilar a los bañistas.

<sup>6</sup> Nos ilustra muy bien este punto Crispigni, "(...) el no hacer algo no es, en sí mismo, omitir. Así, por ejemplo, de quien al despedirse luego de una agradable velada no abofetea al dueño de casa no puede afirmarse que ha omitido hacerlo. Y esto porque la ejecución de tal conducta no era esperada. Conforme a las normas y usos vigentes, el visitante no debía acometer a su huésped, y si no lo ha hecho, es imposible atribuirle una omisión. En cambio, ocurriría lo contrario si ese individuo se abstuviera de agradecer la cortesía de que se lo ha hecho objeto y no estrechaba la mano de su anfitrión. En este caso se hablará de una omisión, porque la conducta que no se ejecutó era la que de él se esperaba, la que conforme a los usos y normas de cortesía debió realizar. Así, omite quien no hace aquello que de él se esperaba, porque era su deber hacerlo. Y como desde el punto de vista jurídico sólo se está obligado a lo que el derecho manda, la omisión en este ámbito consiste en no hacer aquello que jurídicamente se debía hacer (...). No puede omitirse sino aquello que el derecho ordena (...)". CRISPIGNI (1952) p. 30.

<sup>7</sup> Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español en recurso de casación, al señalar que: "Las estructura del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia, como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo". TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1994) Recurso N° 531.

<sup>8</sup> Véanse, entre otros, POLITOFF et al. (1993) pp. 53-60; CURY (1997) pp. 296-301.

Debemos aclarar que dichas personas deben “asumir” su posición de garante, es decir, en los hechos debieron tomar su lugar de supervigilantes de un determinado bien jurídico, necesario para no confundir el incumplimiento de una relación netamente contractual con la eventual omisión sancionable penalmente.

Enrique Cury nos ilustra con el siguiente escenario: “El bañero está en posición de garante, aunque su contrato sea nulo, si de hecho asumió la custodia de la playa; a la inversa, no ocupa una situación de garantía, no obstante ser válido el contrato, si no se hizo cargo del puesto efectivamente”<sup>9</sup>.

### 3. Comunidad de vida o peligro

Se refiere esta fuente a todas aquellas situaciones en que, por los vínculos creados entre un determinado grupo de personas, nacen obligaciones recíprocas de cuidado y socorro, como aquellos que se dan entre los pasajeros de una embarcación que lleva largo trayecto<sup>10</sup>.

Citando al profesor Cury<sup>11</sup>, nacieron estas ideas entre los autores europeos tras la primera y segunda guerra, debido a los delitos que se cometían entre soldados y las situaciones de comunidades especiales que se daban entre ellos, tanto de solidaridad como compañerismo, y que los obligaban a velar y socorrer a sus camaradas que se encontraban en riesgo.

La aplicación práctica de esta fuente parece excesivamente amplia a nuestro parecer, llevando el derecho penal y sus penas a situaciones no contempladas entre sus fines, ya que este debe responder como la última alternativa de sanción, de última ratio, por lo que sancionar como un crimen el no auxiliar a otro por faltar a un deber de solidaridad parece ir fuera del poder persecutor del Estado.

### 4. Principio de injerencia o el hacer precedente

En este punto, concordamos con la opinión de Bustos, Grisolia y Politoff<sup>12</sup>, en el sentido de que es extremadamente difícil la aplicación de esta fuente a nivel jurisprudencial.

El hacer precedente o principio de injerencia dice relación con quien, en forma voluntaria o culposa, ha puesto a otro individuo en una situación de peligro o riesgo vital, y a consecuencia de tal hecho pasa a ser garante o responsable

<sup>9</sup> CURY (1997) p. 297.

<sup>10</sup> Como veremos más adelante, así lo considera también la actual doctrina penal alemana.

<sup>11</sup> CURY (1997) p. 298.

<sup>12</sup> POLITOFF *et al.* (1993) pp. 59-61.

de la integridad o vida del sujeto, y por tanto, tendrá el deber jurídico de responder por la supervivencia de éste.<sup>13</sup>

Jakobs sitúa la injerencia como una obligación de carácter negativo, la que obliga al sujeto que ha vulnerado o causado daño a otro, a sustraerlo de dicha situación de riesgo. Así, el deber o conducta de salvamento constituye una revocación o sustracción de la fuente de la lesión, cual fue su actuar precedente, y no un deber positivo de salvaguarda<sup>14</sup>.

El profesor Izquierdo lo define como "(...) el hacer precedente creador de un riesgo (...)". Su fundamento, en defensa de esta fuente de garante es el siguiente: "(...) quien con su conducta ha creado un riesgo, se constituye en garante de los bienes jurídicos que ha puesto en peligro. En razón de la conducta anterior creadora del riesgo, quien la ejecuta queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia el deber jurídico de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión"<sup>15</sup>.

Izquierdo funda su enfoque en que, pese a existir una conducta previa, es la conducta omisiva posterior la que pudo haber evitado el resultado lesivo, que no sólo se genera por la actividad precedente. Es la acción anterior la que posiciona al hechor en garante del bien jurídico tutelado, "pero lo típicamente relevante es la omisión de la acción esperada, en otras palabras, la acción omitida que hubiera evitado el resultado"<sup>16</sup>.

De aceptar esta fuente, la problemática en la injerencia radica en determinar los casos en que un actuar precedente fundará una posición de garante que obliga a realizar conductas de salvamento, o siguiendo a Jakobs, que obligan a hacer retroceder el origen de la puesta en peligro del bien jurídico.

Quien se comporta de acuerdo a derecho no tiene obligación o deber jurídico-penal alguno de salvaguardar el bien jurídico en peligro. De ahí nuestra

<sup>13</sup> El profesor Roxin señala que la "(...) injerencia procede del naturalismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX, que quiso reducir la jurisprudencia a las leyes causales regulares según el modelo de las ciencias naturales y vio en la causalidad de la acción precedente un fundamento para la omisión". ROXIN (2007) p. 154.

<sup>14</sup> Funda lo señalado en que todo delito, sea de acción u omisión, defrauda una expectativa cautelada jurídicamente. La expectativa consiste en que las personas se comportarán y relacionarán conforme a derecho, y por tanto no causarán daño a otras (relación negativa). En el mismo sentido, existirán casos en que las personas deberán efectuar determinadas conductas que mejoren la situación de otros (relaciones positivas). De la una y la otra –relaciones negativas y positivas–, nacerán mandatos y prohibiciones. Así, los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos, y al mismo tiempo de no abandonarlos. Lo mismo ocurre en las relaciones negativas, quien provoca daño o ha puesto a otro en una situación de riesgo, incumpliendo su obligación negativa de no dañar, deberá sustraerlo de dicha situación. JAKOBS (1999) pp. 18 y ss.

<sup>15</sup> IZQUIERDO (2006) p. 330.

<sup>16</sup> IZQUIERDO (2006) p. 335.



convicción en cuanto a que no todo actuar precedente funda una posición de garante, sino sólo aquél que cumple determinados requisitos.

Antes de iniciar el análisis objeto de este trabajo, creemos imprescindible aclarar que ciertos actos precedentes pueden generar obligaciones o deberes, mas no todos estos deberes serán relevantes jurídico-penalmente concebidos. Al contrario, muchos de ellos fundarán exclusivamente deberes de carácter moral, de solidaridad o simplemente éticos.

Ello, sin embargo, no faculta al jurista para fundar la culpabilidad del hechor u omitente, pues un Derecho Penal que respeta el principio de fragmentariedad, sólo debe ocuparse de aquellas conductas excepcionales que traspasan dicho umbral, y que permiten aplicar la sanción penal.

Lo anterior será analizado a la luz de ejemplos que Roxin expone, los cuales creemos precisamente llegan a conclusiones que vulneran la regla universalmente indubitada mencionada en el párrafo anterior.

#### **4.1 Principio de injerencia o el hacer precedente a la luz del principio de imputación objetiva.**

La teoría de la imputación objetiva presupone "(...) primero, que el autor haya creado un riesgo no permitido, y segundo, que este riesgo se haya realizado contraviniendo la finalidad de protección de la norma transgredida"<sup>17</sup>. El profesor Roxin hace extensible esta teoría a la fuente de garante denominada injerencia o hacer precedente, pese a que en su origen la teoría tuvo a la vista los delitos comisivos imprudentes.

Siguiendo a Roxin, la doctrina alemana distingue las posiciones o fuentes de garante en dos grandes grupos, por un lado, la asunción de funciones de protección, y por otro, el control de fuentes de peligro<sup>18</sup>. A partir de ellas señala que se puede explicar plausiblemente la injerencia como fuente de posición de garante incluyéndola en el segundo grupo, es decir, como control de fuentes de peligro.

Roxin cree haber demostrado que la teoría de la imputación objetiva cumpliría con el objetivo de delimitar al principio de injerencia. Ello, ya que la imputabilidad objetiva o el riesgo creado en el actuar precedente, es el presupuesto decisivo para la fundamentación de una posición de garante, "puesto que solamente aquel a quien se puede imputar el peligro creado conforme a criterios jurídicos tiene la responsabilidad y, por lo mismo, el deber de evitar la transformación del peligro en una lesión"<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> ROXIN (2007) p. 153.

<sup>18</sup> ROXIN (2007) p. 154.

<sup>19</sup> ROXIN (2007) p. 152.

Distingue de esta forma siete casos bajo los cuales debe limitarse la injerencia, y que se pueden resumir de la siguiente forma:

- 1) No hay posición de garante si la acción precedente no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante para la víctima;
- 2) No hay posición de garante si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido;
- 3) No hay posición de garante si falta una relación final de protección entre la acción precedente y el resultado inminente;
- 4) No hay posición de garante si el peligro provocado por la acción precedente radica únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien provocó el peligro;
- 5) No hay posición de garante si la creación de peligro está justificada por legítima defensa;
- 6) Afirmación de una posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad; y
- 7) Afirmación de una posición de garante si en un delito permanente justificado se suprime posteriormente el presupuesto de justificación.<sup>20</sup>

Discordamos con la opinión de este autor, puesto que a nuestro juicio realiza una errada interpretación de la aplicación del principio de injerencia en los casos en que la acción precedente funda la posición de garante incluso cuando está justificada por un estado de necesidad, esto es, el punto sexto recién señalado.

Para Roxin, aun en casos en que el autor está justificado por un estado de necesidad, éste por razones de política criminal tiene el deber de procurar evitar las posibles consecuencias dañosas de su actuar.

Aplica este principio entregándonos el siguiente ejemplo: "quien conduce un auto tiene que tener bajo esmerado control todos los peligros que de dicho hacer resultan. Él tiene que acatar la velocidad prescrita, ceder el paso a otros conductores que tienen preferencia y también cumplir todas las demás reglas de tránsito. Si él no hace eso y causa con ello un accidente de tránsito, tiene que ser sancionado por un hecho imprudente. Si él ha lesionado a una persona a través del actuar precedente, resulta de su deber de control el deber de evitar

<sup>20</sup> ROXIN (2007) pp. 156-161.

mayores daños o la muerte del herido. Pues si se responde como autor por el peligro inicial (el accidente), se tiene que ser responsable, con mayor razón, de la evitación del resultado en caso de consecuencias posteriores y aumento del peligro que se creó mediante el accidente. No tendría ningún sentido hacer responsable penalmente a alguien solamente por el impulso y no por la evolución posterior evitable de un curso causal que lleva a la realización típica<sup>21</sup>.

La creación o aumento de un peligro no permitido, en este caso, el automovilista que conduciendo en forma imprudente atropella al transeúnte, será le fuente que coloca al autor en posición de garante, quien tiene el deber jurídico de evitar que dicho riesgo se transforme en una efectiva lesión o perjuicio.

Lo anterior parece razonable y permite deducir un deber de socorro o auxilio fundado en el actuar precedente e imprudente del automovilista.

Pese a ello, no compartimos con el profesor Roxin las consecuencias atributivas de responsabilidad penal en casos en que el actuar precedente está justificado por un estado de necesidad. Siguiendo el ejemplo de Roxin, aquel conductor que para evitar un accidente que con seguridad podría ser mortal invade la acera rápidamente ocasionando la lesión de un peatón que transita en ese preciso momento, será responsable –bajo la aplicación de la teoría de imputación objetiva– de las lesiones corporales que por su omisión se produjeron al no procurar que el peatón recibiera la ayuda médica necesaria.

Lo explica señalando que “si bien es cierto, el autor que se encuentra en estado de necesidad está justificado, pero la justificación está unida a una sopesación de intereses que obliga al mayor cuidado posible de la víctima. De ello se deriva la legitimación de cargar al autor que se encuentra bajo estado de necesidad con la responsabilidad de salvaguardar que los daños a la víctima sean los mínimos posibles<sup>22</sup>.”

En este caso y al menos en nuestra legislación, creemos que el conductor estará amparado por la norma consagrada en el artículo 10 N° 11 del Código Penal<sup>23</sup>, encontrándose exento de responsabilidad criminal, puesto que el estado de necesidad que lo lleva a evitar un mal grave –el accidente– cumple –al menos con los datos aportados por el ejemplo– con los requisitos copulativos que establece la ley (inminencia, único medio practicable, etc.).

<sup>21</sup> ROXIN (2007) pp. 156 y ss.

<sup>22</sup> ROXIN (2007) p. 160.

<sup>23</sup> Que nos señala: “El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1°. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2°. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3°. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4°. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”

Por lo demás, nos parece excesivo cargar de responsabilidad al conductor cuando el riesgo creado no proviene de su actuar –que en ningún caso es culposo o doloso– ni cumple con la segunda consecuencia que el mismo Roxin consagra, esto es, que no existe posición de garante si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido.

Así, quien podrá alegar que no se encuentra dentro de los riesgos propios del tráfico rodado realizar maniobras tendientes a evitar accidentes o colisiones con el objeto de evitar daños para sí o terceros. Nuestro parecer y finalizando este punto, es castigar al conductor, a lo sumo, con la sanción de falta establecida en el artículo 494 N° 14, como omisión de socorro.

Pensamos así que habría que agregar, al ejemplo analizado, precisamente el factor o hecho que provocó que el autor actuara bajo estado de necesidad. De esta forma, si la causa de que el conductor desviara hacia la acera y atropellara al peatón se debió a que al conductor se le atravesó bruscamente un ciclista o peatón que cruzó imprudentemente la vía.

Siguiendo la teoría, una vez ocurrido el accidente será el ciclista o peatón imprudente –quien creó y aumentó el riesgo indebidamente– a quien se cargue con la posición de garante respecto a la integridad o vida de quien por su culpa sufrió las consecuencias del accidente, eximiendo como señalamos al conductor del vehículo amparado por el estado de necesidad.

Terminemos:

El actuar precedente, bajo la óptica de la teoría de la imputación objetiva, entrega soluciones acordes al principio de culpabilidad. Pese a ello, no permite bajo la óptica del profesor Roxin fundar una posición de garante cuando el actuar precedente está justificado por un estado de necesidad, puesto que el aumento del riesgo no permitido escapa del control de quien causalmente provocó la situación de peligro.

Una adecuada atribución de responsabilidad a la luz de la teoría de la imputación objetiva requiere en todo caso respetar el principio de culpabilidad. Por ello es que en el ejemplo propuesto deben tomarse necesariamente en cuenta los factores o hechos que provocaron o incidieron el estado de necesidad que obligaron al autor causal del peligro a provocar el accidente.

Así, será el ciclista o el peatón imprudente quien deba ser cargado con la atribución de responsabilidad a través de su posición de garante, por éste haber sido quien culposamente aumentó en forma contraria al deber de protección de la norma, el peligro para la víctima.

Yendo más allá, aun en casos que el estado de necesidad sea provocado por hechos de la naturaleza, para el conductor no nacerá en ningún caso un deber de garante de los bienes puestos causalmente en peligro, pues nadie puede ser castigado cuando ha mantenido control sobre los riesgos que le son atribuibles.

## Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique (1970): *Conducto precedente y posición de garante en el derecho penal* (En libro: Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires) [Fecha de consulta: 23 de Abril de 2011] Disponible en: [http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/bacigalupo.pdf](http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/bacigalupo.pdf)

CURY, Enrique (1997): *Derecho Penal, Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

GRISPIGNI, Filippo (1952): *Diritto Penale Italiano* (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Volume Secondo): 488 pp.

IZQUIERDO, Cristóbal (2006): "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 2: pp. 329-343.

JAKOBS, Günther (1999): "Teoría y praxis de la injerencia" (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999: pp. 17-50) [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2011] Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=298207>

POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS (1993): *Derecho Penal, Parte Especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile): 294 pp.

ROXIN, Claus (2007): Injerencia e imputación objetiva (*Revista Penal*, N° 19, enero 2007) [Fecha de consulta: 23 de abril de 2011] Disponible en: [http://74.125.155.132/scholar?q=cache:kshRgdmX3Xo:scholar.google.com/&hl=es&as\\_sdt=0](http://74.125.155.132/scholar?q=cache:kshRgdmX3Xo:scholar.google.com/&hl=es&as_sdt=0)

WELZEL, Hans (1970): *Derecho Penal Alemán*, Título original: *Das Deutsche Strafrecht*, trad. por los prof. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (Editorial Jurídica de Chile, Parte General. 11ª edición): 378 pp.

## Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2006): Rol N° 168, 9 de noviembre de 2006 [Fecha de consulta: 14 de julio de 2009] Disponible en: [http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI\\_c\\_apelaciones.php?opc\\_menu=2&opc\\_item=2](http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_c_apelaciones.php?opc_menu=2&opc_item=2)

CORTE SUPREMA (1998): Rol N° 1338, 24 de abril de 1998 [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2009] Disponible en: [http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI\\_corte\\_suprema.php?opc\\_menu=2&opc\\_item=1](http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_corte_suprema.php?opc_menu=2&opc_item=1)



TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Madrid (1994): N° de Recurso 531/1992, 28 de enero de 1994 [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2009] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3200497&links=%22531/1992%22&optimize=20030808>

## **Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria**

**Cristián Manasevich López**

Abogado  
Ex Defensor Penal Público

**Resumen:** El presente artículo trata sobre la aplicación del artículo 258 del Código Procesal Penal, abordando la problemática que enfrenta un querellante cuando el Ministerio Público decide no continuar con una investigación, o una vez cerrada ésta, ha decidido no acusar. Se aborda la aplicación práctica que ha tenido este artículo por los tribunales de primera y segunda instancia, así como también por el Tribunal Constitucional, y se plantea la urgencia de una reforma legislativa para asegurar a todas las víctimas de un crimen o simple delito el acceso a un juicio oral, público y contradictorio.

\*\*\*

El Ministerio Público fue concebido, desde sus orígenes, como el ente persecutor cuyo interés representaría el de toda la sociedad. Fue así como el constituyente lo erigió como un ente autónomo, cuya tarea primordial sería la de perseguir y castigar la comisión de hechos reñidos con nuestra ley penal. Anexas a esta misión, el legislador le asignó a esta nueva entidad la obligación de proteger a la víctima, tanto desde una perspectiva de su seguridad personal, como también desde una perspectiva patrimonial. Se impuso, por tanto, a los fiscales la obligación de promover acuerdos patrimoniales con el fin de reparar el daño causado a las víctimas.

Sin embargo, y a pesar de la década ya transcurrida desde la implementación de la Reforma Procesal Penal, múltiples son los reclamos en contra de esta entidad, aun más, de las propias personas que han sido sujetos protegidos por el accionar del Ministerio Público. Si bien es efectivo que el fiscal no es el abogado que representa a la víctima, en infinidad de ocasiones ésta ve con desazón que el persecutor no actúa con el mínimo de rigor pretendido, o que simplemente se transforma en un actor más del proceso, cuyo único interés radica en cerrar el caso lo antes posible, mediante una condena penal, con prescindencia incluso de la prolijidad con que debió llevar adelante su actuación.

Si a estos antecedentes sumamos el hecho de que, en toda cuenta pública, ya sea del Fiscal Nacional o de los fiscales regionales, existe una insatisfecha demanda por aumento de personal, forzoso resulta concluir que hoy en Chile,

sólo se llevan a juicio oral aquellos casos en donde el delito implica un esfuerzo menor para lograr una sentencia condenatoria. En términos simples, es lo que a juicio de los propios persecutores se denomina como "delito evidente", quedando así muchísimas pretensiones punitivas y aspiraciones de carácter civil derivadas de ilícitos penales en mera letra que no se cumple. De esta manera resulta comprensible la deficiente calificación con que la ciudadanía percibe y aprecia al Ministerio Público, siendo ésta una de las reparticiones públicas con peor prestigio en Chile, no obstante que, hasta el día de hoy, dentro de la Fiscalía, no existe caso conocido de corrupción.

El poder omnímodo con que se dotó al Ministerio Público fue desde sus inicios materia de álgida controversia. Pareciera ser que con la creación de este organismo se lesionó el principio constitucional que rige la separación de poderes del Estado, según el cual si bien los poderes ejecutivo, legislativo y judicial recayeron en distintas manos, cada poder cuenta con un sistema de contrapesos, por si alguno de éstos recayera en excesos. Si bien es efectivo que el artículo 46 de la Ley Orgánica Constitucional número 19.640, que creó al Ministerio Público, permite una acción similar a la señalada, ésta sólo alcanza al Fiscal Nacional, no llegando a los Fiscales Regionales, los cuales sólo pueden ser removidos por éste. Luego, los fiscales adjuntos sólo pueden ser removidos por un procedimiento interno, administrativo. Por lo tanto, en la práctica, los fiscales se investigan entre sí, y si el fiscal que investiga a su colega no solicita formalización, el procedimiento no llega siquiera a judicializarse, aun cuando los indicios de delito sean evidentes. A estos antecedentes debe agregarse que el ejercicio de las actividades discrecionales que el Ministerio Público ha desarrollado ha sido más bien antojadizo. Sabido es que para designar a un fiscal adjunto, todo abogado que cumple con los requisitos de los artículos 41 y 42 de la Ley 19.640 debe participar en un concurso público, y que junto con acompañar los antecedentes académicos, debe rendir una prueba elaborada por el Ministerio Público, y que luego quien aprueba estos requisitos debe comparecer a una entrevista final con el Fiscal Regional respectivo. No obstante, la práctica indica que el órgano persecutor ha desobedecido el espíritu de su propia ley orgánica, toda vez que no se sabe de ningún caso en que el nombramiento se haga a favor de algún abogado que no forme parte, previamente, de la institución, me refiero específicamente a los asistentes de fiscal. Existe aquí, sin lugar a dudas, una **carrera profesional encubierta**, en abierto desmedro de aquellos abogados que en forma legítima, ya sea por experiencia profesional o por pretensiones económicas, no pueden o no desean ingresar al servicio, a través del cargo de asistente de fiscal. Sin duda este aspecto tan sensible en un órgano de tal importancia como el Ministerio Público debiera ser al menos transparentado, hecho que no resulta fácil, toda vez que el Fiscal Nacional se ha opuesto, de manera insistente, a que el servicio público a su cargo sea auditado.

En el proceso actual, tanto la víctima como el imputado están obligados a interactuar con los fiscales para acceder a la justicia penal. De hecho, nuestra Constitución fue modificada a fin de que se estableciera que la investigación sólo puede ser llevada por agentes del Ministerio Público. Si bien es efectivo que muchos fiscales desempeñan su labor en forma juiciosa y esmerada, no es menos cierto que en muchas ocasiones los otros actores del proceso penal (léase imputado, víctima, o tercero con intereses civiles) deben enfrentarse a la desidia, indolencia y/o prepotencia –por qué no decirlo– de quien es en abstracto el gran interviniente de la Reforma Procesal Penal, es decir: el Ministerio Público. **Cierto es que al reformar completamente nuestra legislación procesal penal se han abandonado antiguos vicios, no obstante, también es efectivo que se han adquirido nuevos.**

Cuando la víctima se ve enfrentada a un proceso complejo, donde el victimario tiene posibilidades concretas de imponer la presunción de inocencia, es muy probable que hoy en Chile el imputado no sea siquiera enjuiciado. Además, de las “salidas alternativas” con que el sistema nutre al proceso –previo a una decisión final–, una vez concluida la investigación, el fiscal cuenta con dos herramientas que le permiten evitar el juicio: solicitar el sobreseimiento o no perseverar en el procedimiento. Es decir, mientras el proceso penal contempla al menos cuatro salidas del conflicto penal sin siquiera un veredicto judicial, sólo existe una que le permite arribar a una posible condena, cual es, luego de cerrar la investigación requerir en procedimiento simplificado (cuando el delito conlleva una pena igual o inferior a 540 días) o acusar al imputado y llevarlo a juicio oral (cuando el delito amerita una pena igual o superior a 541 días de presidio menor, en su grado medio). Resulta importante destacar que el procedimiento simplificado impide demandar de perjuicios al condenado –a excepción de la demanda de restitución–, teniendo la víctima que demandar civilmente dentro del plazo de 60 días, en sede civil, mediante procedimiento sumario, una vez que la sentencia penal se encuentre ejecutoriada.

Como se puede advertir, son muchas las hipótesis de conflictos en que la víctima puede recaer a raíz del actuar del Ministerio Público, entre otras, en primer lugar, que el fiscal solicite la aplicación de una pena que la víctima considera inadecuada; que al fiscal sólo le interese lograr una condena y no se preocupe de la satisfacción reparatoria a la cual la víctima aspira de manera legítima, y por último, y más controvertida aún, que el fiscal decida poner término a la investigación sin formalizar al imputado, o sólo persiguiéndolo por los hechos más evidentes, dejando así de lado otros delitos o despreocupándose de las consecuencias civiles que se derivan del delito. Imperioso resulta, a nuestro parecer, enfocarnos en esta última situación.

El artículo 258 del Código Procesal Penal constituye una de las pocas disposiciones legales que despojan del poder al ente persecutor chileno. Su articulado

(cuya redacción no fue feliz) permite al querellante particular, previa autorización del juez de garantía, **forzar la acusación penal**, llevando al imputado a juicio oral, en ausencia del ente persecutor, cuando éste –después de cerrada la investigación– decide sobreseer o no perseverar en todos o algunos de los delitos que se imputan al victimario. No obstante, la aplicación de esta norma ha sido muy restringida, si no derechamente inutilizada por nuestros tribunales, debido a la deficiente redacción del artículo referido, hecho que ha traído consigo una gran sensación de orfandad a muchas víctimas y abogados querellantes, cuyos intereses no han coincidido con los del fiscal a cargo del procedimiento investigativo.

Nos referiremos, en forma breve, a las debilidades del artículo en cuestión.

El artículo 258 del Código Procesal Penal dispone en su inciso 3° que si el querellante particular se opone a la petición de sobreseimiento del fiscal, el juez de garantía remitirá los antecedentes al Fiscal Regional, quien podrá ratificar lo decidido por el fiscal adjunto, o revocarlo y ordenar que se acuse al imputado. En la primera hipótesis, el juez de garantía podrá facultar al querellante particular para formular acusación en los mismo términos que el Ministerio Público. El inciso cuarto indica un proceder similar para el caso de que el fiscal adjunto decida no perseverar en el procedimiento –en este caso la ley no exige que la decisión sea revisada por el Fiscal Regional–.

Desde ya podemos decir que en nuestra legislación procesal penal existe una gran laguna jurídica que se ha traducido en múltiples injusticias: El artículo 258 no distingue si, para acceder a él, el imputado debe estar o no formalizado. Este antecedente resulta de particular importancia, toda vez que la formalización de cargos ha sido entregada de manera exclusiva al órgano persecutor, existiendo así un sinnúmero de solicitudes de sobreseimiento o de no perseverar, que se verifican en un procedimiento donde el imputado no ha sido siquiera formalizado. Luego, cuando el fiscal adjunto sí deduce acusación penal, ésta debe guardar coherencia con la formalización de cargos, conforme lo dispone el principio de congruencia establecido en el artículo 259 inciso final. Además, nuestra ley procesal penal prohíbe hacer interpretaciones analógicas en materia penal, cuando éstas perjudican a la persona que es sujeto de investigación. En el otro extremo, **nuestra Constitución Política establece, claramente, en el inciso segundo del artículo 83, que la víctima tiene pleno derecho a accionar por el delito que ha sufrido**. Si bien nuestra Carta Fundamental no lo indica, este inciso no puede restringirse simplemente al derecho a deducir querrela –tal como se ha interpretado–, sino que debe también satisfacer el derecho de la víctima a una tutela efectiva de sus derechos y pretensiones.

La formalización, si bien en la práctica se traduce en informar públicamente al imputado de que está siendo investigado por el Ministerio Público, conlleva un conjunto de consecuencias, tal como lo indica el artículo 233. No son pocos



los profesores que indican que la formalización de cargos está concebida como un acto procesal que se erige como garantía para el propio imputado.

Por lo tanto, la cuestión de fondo y para terminar de plantear el problema es: ¿qué sucede con la víctima de un delito que no comparte la decisión de sobreseimiento o de no perseverar del fiscal adjunto, cuando el imputado no ha sido formalizado?

Ante la gravísima laguna legislativa que se ha generado, los juzgados de garantía en su gran mayoría se han inclinado por denegar la acusación del querellante, incurriendo así el Estado de Chile en una evidente falta de servicio y denegación de justicia. No obstante, en este caso, debe tenerse especialmente en cuenta que el derecho penal constituye la expresión más aguda del reemplazo de la autotutela. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha sostenido con toda claridad que “... Como corolario de lo anterior, cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma” (Considerando Cuarto, rol número 815).

### **Pronunciamiento de tribunales ordinarios**

Existen, sin embargo, resoluciones en que jueces de garantía han aceptado la tesis según la cual la falta de formalización no puede perjudicar al querellante diligente, ordenando así el **forzamiento de la acusación**. En la causa RUC: 0810000713-0, el juzgado de garantía de la ciudad Chillán autorizó al querellante particular para acusar conforme al artículo 258, aun a pesar de que el Ministerio Público sólo requirió a uno de los querellados en procedimiento simplificado, por el delito de uso malicioso del Decreto Ley 2.695, desestimando el fiscal del Ministerio Público de Chillán el resto de los delitos e imputados por los cuales se interpuso acción penal, es decir: falsificación de instrumento público, usurpación del derecho real de herencia, celebración de contrato simulado. En la resolución que facultó al querellante para acusar, el juez de garantía estableció de manera pormenorizada que **para todo efecto legal, la querrela criminal interpuesta por el querellante venía en sustituir la formalización de cargos del Ministerio Público**. Resulta particularmente interesante el fallo dictado luego por la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán, la cual acogió el recurso de nulidad interpuesto por el querellante particular –previamente autorizado para acusar, con prescindencia del Ministerio Público y sin mediar formalización–, en contra de la sentencia absolutoria en la causa RIC: 32-2010.

Otro caso cuya resolución judicial aún se encuentra pendiente, se sigue ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, causa RIT: 3307-2010. En esta causa se interpuso querrela criminal por apropiación indebida en contra de un juez árbitro partidario, quien al parecer del ente persecutor no era sujeto de responsabilidad penal, y solicitó su sobreseimiento, sin haberlo formalizado. En la audiencia referida, y previa petición del querellante, se le autorizó a éste para acusar conforme lo dispone el artículo 258 del Código Procesal Penal. Sin embargo, lo que resulta más inquietante es que ésta es **sólo la segunda ocasión** en que, bajo la jurisdicción penal de la ciudad de Santiago (desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana), se faculta a un querellante para acusar a un imputado en ausencia del Ministerio Público y sin mediar formalización.

Como ya se dijera, resulta urgente una modificación legislativa del artículo 258 del Código Procesal Penal. Desde el punto de vista de justicia material, la presente moción deviene en legítima, y desde una perspectiva estrictamente presupuestaria, una reforma como la propuesta no implica gasto adicional alguno para el Fisco. Muchos detractores de la presente propuesta seguramente dirán que el poder judicial se verá atochado con acusaciones falaces, lo cierto es que como requisito de procesabilidad, el artículo 258 debería satisfacer el control de legalidad del juez de garantía.

Muchos reclamos ciudadanos guardan relación con la sensación de impunidad que la víctima percibe ante el victimario. Los altos índices de reprobación de la labor del Ministerio Público reflejan la impotencia con que una víctima termina su peregrinar por el sistema procesal penal. Estimamos factible la solución llevada a la práctica por el juez de garantía de la ciudad de Chillán: sustituir la formalización de cargos por la querrela criminal. Sin embargo, y a modo de conclusión, destacamos que el sistema tampoco admite que un querellante competente y debidamente autorizado pueda también requerir en procedimiento simplificado, sin la comparecencia del Ministerio Público, y en ese evento, sería preciso cautelar las consecuencias civiles del hecho punible.

# Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas<sup>1</sup>

**Jaime Pacheco Quezada**

Profesor de Derecho Penal  
Universidad del Desarrollo, Concepción

**Resumen:** El artículo pone de manifiesto que en orden a la distinción entre autores y cómplices en el delito de tráfico de drogas existen en nuestra jurisprudencia criterios disímiles, que ante unos mismos hechos pueden conducir a resultados antagónicos. Frente a tal situación el trabajo pretende recalcar que la Ley Nº 20.000 no ha derogado los principios generales del Código Penal que regulan la participación criminal, y que por ende se hace necesario encontrar criterios de interpretación, que junto con conducir a una mejor valoración de la calidad o intensidad de las diversas formas de intervención en el ilícito, conduzcan a una sanción proporcionada a dicha valoración.

\*\*\*

## I. Introducción

Conforme a la actual redacción de los artículos 3° y 4° de la Ley 20.000, nuestra jurisprudencia ha encontrado un limitado, por no decir nulo, espacio para poder apreciar la concurrencia de conductas de complicidad, observándose en la praxis jurisprudencial, o bien una verdadera aplicación de un concepto de autor unitario o extensivo respecto de dichos preceptos, efectuando con ello una derogación de hecho de los preceptos generales de nuestro CP, que distinguen entre autores y cómplices; o bien, asumiendo una valoración ambigua, en el sentido que determinadas conductas en algunos casos son calificadas de autoría y mientras que en otros como de complicidad, con el consiguiente deterioro en la seguridad jurídica.

El objetivo del presente trabajo es esbozar algunos criterios que permitan apreciar conductas de complicidad a pesar de las limitaciones que impone el texto en la Ley Nº 20.000.

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de una minuta elaborada para la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública de la Región del Bio-Bio.

## II. Autoría, coautoría y complicidad

Si bien es cierto, la distinción entre los comportamientos constitutivos de autoría y participación es una cuestión aún no resuelta de modo incuestionable, ni en la dogmática jurídico-penal<sup>2</sup> ni en la jurisprudencia, el problema se intensifica en tipos penales como los que nos ocupan, por cuanto el legislador, en virtud de la técnica legislativa empleada en la descripción de estas figuras, equipara al menos terminológicamente a quienes trafican con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, con aquellos que por cualquier medio induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias, aumentado con ello la natural dificultad que existe para apreciar conductas de complicidad.

En efecto, si ya de por sí existe dificultad en encontrar la frontera que permita distinguir los actos propios de autoría, de los actos propios de los llamados autores-cooperadores, el mayor problema está en distinguir los actos propios de estos últimos de los actos propios de los cómplices, distinción que en este último caso reviste mayor relevancia atendida la rebaja de pena que ello conlleva, atenuación punitiva que no está presente en la primera situación aludida.

Ahora bien, conforme ha entendido la doctrina<sup>3</sup> en términos generales, se estará frente a actos de coautoría cuando en la ejecución de un delito interviene más de un autor, existiendo entre ellos una resolución delictiva común que implica un acuerdo de voluntades en orden a distribuirse entre ellos las funciones a desarrollar por cada uno de los partícipes y una aportación objetiva al hecho.

Por su parte, los llamados autores-cooperadores, que nuestro Código Penal asimila a los autores a efectos de la pena a imponer<sup>4</sup>, son quienes concertados con los autores facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho, es decir, quienes efectúan un aporte o contribución importante o de significativa entidad a la ejecución del hecho, esencialidad que justifica su equiparación en pena a la autoría<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> ROXIN, C. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 155; En el mismo sentido: CURY URZUA E. "De las personas responsables de delitos", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno T. I. Libro Primero. Parte General*, Dirigida por Politoif L. Ortiz Q, Coord. Matus A. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 232.

<sup>3</sup> CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito*, Tecnos Madrid, 2001, p. 222; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 382; BUSTOS RAMIREZ, J. *Obras completas T. I. Derecho Penal. Parte General*. Ara Editores, Lima, 2004, p. 1079; GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General T. II. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002. p. 312; CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 610.

<sup>4</sup> CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte...*, cit. p. 629.

<sup>5</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "¿Es necesaria la cooperación necesaria?", en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Libro Homenaje al profesor Doctor D. José Cerezo Mir)*, Tecnos, Madrid 2002, p. 654.

A su turno, la complicidad, se caracteriza por la realización anterior o coetánea de actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, pero de carácter accesorio, llevados a cabo con el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y con la voluntad de contribuir de un modo eficaz a la realización de aquel<sup>6</sup>.

En consecuencia, la distinción entre una u otra forma de intervención en el hecho delictivo viene dada porque los coautores realizan una parte del tipo o bien sin realizarla tienen en uno y otro caso el dominio funcional del hecho<sup>7</sup>.

Por su parte, la distinción entre autores-cooperadores y los cómplices, como decíamos, genera mayores dificultades, toda vez que ambas formas de participación tienen en común la exigencia de un acuerdo previo para delinquir, radicando la diferencia en la intensidad o esencialidad objetiva de la contribución, siendo la contribución de los cómplices de una intensidad menor, nunca indispensable o imprescindible para la realización del hecho delictivo, es decir, sin la contribución del cómplice el hecho es también posible de realizar.

Ahora bien, cabe indicar que los criterios de distinción entre autoría y participación antes expuestos y que suelen admitirse para tipos penales distintos al tráfico de drogas han recibido aplicación en nuestra jurisprudencia. Así la Excm. Corte Suprema ha señalado que: *“Es coautor de un delito aquel que interviene en su ejecución, con una voluntad de realizarlo en común y haciendo una aportación que es funcional a su concreción, esto es, que contribuye a que la tarea conjunta funcione. Requiere, en el aspecto subjetivo, que los intervinientes se vinculen entre sí mediante una resolución común sobre el hecho, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial pero esencial...”*<sup>8</sup>.

Asimismo, en relación con la distinción entre coautores y cómplices, nuestra Corte Suprema<sup>9</sup> ha señalado que el criterio del concierto previo no resulta un criterio ni seguro, ni definitivo, por cuanto la concertación *“se encuentra habitualmente presente en la complicidad. El autor del hecho ilícito, aquel que, al decir de Welzel, conserva en su manos las riendas de lo que acontece, normalmente empleará cómplices que estarán al tanto de lo que deben hacer y de su aporte en el cuadro global de los hechos... Tanto el coautor como el cómplice se concertan para cometer delitos”* (lo destacado es nuestro).

<sup>6</sup> En el mismo sentido: CURY URZÚA, E. *Derecho Penal Parte...*, cit., p. 628; GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal Parte...*, cit. p. 320; BERDUGO CÓMEZ DE LA TORRE; ARROYO ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVE; SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Praxis, Bilbao, 1999, p. 296.

<sup>7</sup> CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho...* cit., p. 222. En profundidad sobre la teoría del dominio final del hecho ver: ROXIN C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Barcelona, 2000. p. 81.

<sup>8</sup> Corte Suprema, Rol N° 3021/2001, de fecha 28 de octubre de 2003.

<sup>9</sup> Corte Suprema, Rol N° 2607/1999, de fecha 14 de septiembre de 1999.



Frente a la inseguridad del concierto previo como elemento fundante de la distinción entre autoría y complicidad, nuestra Corte Suprema ha expresado que el criterio informador que le da sentido y explicación a la decisión del legislador de sancionar a ciertos sujetos como coautores en lugar de cómplices es el dominio final del hecho, el que a su juicio: *"significa la capacidad de decidir, en buenas cuentas, acerca de la consumación o no del ilícito"*, agregando que: *"también tiene el dominio final del hecho aquel que, en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero sí acerca de su no consumación. Esta última hipótesis, que corresponde estrictamente al artículo 15 N° 3 del Código Penal, es lo que se conoce como coautoría y que significa, en rigor, compartir el dominio del hecho"*<sup>10</sup>.

En suma, sostiene nuestro máximo tribunal, siguiendo a Bacigalupo<sup>11</sup>, que: *"el aporte del cómplice es fácilmente reemplazable y no le otorga, por tanto, ninguna capacidad de decidir acerca de la no consumación del delito. Sencillamente puede prescindirse de él, en cambio, el aporte del coautor es imprescindible o, a lo menos, difícilmente reemplazable, circunstancia que le otorga capacidad de decisión acerca de la no consumación del ilícito. Su aporte no puede ser eficientemente reemplazado y, al menos, importará una necesaria y quizá irrevocable postergación del hecho planeado. Es por ello que este último tiene, en conjunto con el resto de los autores, un dominio funcional del hecho"*<sup>12</sup> (lo resaltado es nuestro).

### III. Autoría, coautoría y complicidad en el tráfico de drogas

Así las cosas, nuestra jurisprudencia, al menos la del más alto tribunal, en el ámbito general acoge como criterio distintivo de la coautoría respecto de la complicidad la teoría del dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los autores, y respecto de las conductas de complicidad, el criterio delimitador viene dado por la eficacia y trascendencia del acto de colaboración.

Sin embargo, tratándose del delito de tráfico de drogas y estupefacientes, tal criterio de distinción, si bien como veremos es utilizado en algunos supuestos por nuestra jurisprudencia, en otros, dada la redacción de los tipos penales, se acude a criterios diversos, generando con ello inseguridad jurídica y restando espacios en orden a apreciar comportamientos propios de complicidad.

En efecto, la técnica legislativa empleada por nuestro legislador nos conduce a la disyuntiva de estimar que, o bien la Ley N° 20.000 ha suprimido las categorías

<sup>10</sup> Corte Suprema, Rol N° 2607/1999, de fecha 14 de septiembre 1999.

<sup>11</sup> BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1996, p. 237.

<sup>12</sup> Corte Suprema, Rol N° 2607/1999, de fecha 14 de septiembre 1999.

de participación accesorias en estos tipos penales<sup>13</sup> y que por ende cualquier contribución causal ha de estimarse como de autoría; o bien, negando lo anterior, a estimar que es posible, a pesar de la redacción de la norma, encontrar espacios para la aplicación de las reglas generales de participación criminal.

En cuanto a la primera opción, cabe señalar que la Ley N° 20.000, al sancionar en su artículo 3° a quienes por cualquier medio induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de sustancias ilícitas, nos llevaría a adoptar un concepto unitario o extensivo de autor, que aparentemente abarcaría en la categoría de autoría conductas que tratándose de otros delitos serían constitutivas de simple participación accesorias, toda vez que alude a cualquier forma de facilitación del consumo de drogas prohibidas, situación que vendría a desconocer las reglas generales que regulan la intervención en un hecho delictivo, por cuanto podrían ser considerados como autoría cualquier aporte al tráfico con independencia de su entidad, desde el mero consejo a la propia venta<sup>14</sup>.

Sin embargo, a pesar que la redacción de los tipos penales de la Ley N° 20.000 pudiese formalmente dar lugar a sostener que nuestro legislador ha optado por un concepto extensivo de autor, que vendría a equiparar a la autoría las formas accesorias de participación delictiva, parte de nuestra doctrina<sup>15</sup> y también de nuestra jurisprudencia, como tendremos ocasión de comprobar, se decanta por la segunda opción y estima que los referidos tipos penales no alteran las reglas generales de la participación criminal, debiendo considerarse como autor de estos delitos no a cualquiera que toma parte en la ejecución inmediata y directa de los hechos de que se trata, sino sólo a quienes tienen el poder de disposición sobre las sustancias traficadas o de decisión sobre los actos ejecutados, reconociendo con ello un espacio para la complicidad, respecto de quienes sin tener ese poder de disposición o de decisión sobre las sustancias de que se trata cooperan a la ejecución de los hechos punibles por actos anteriores o simultáneos.

<sup>13</sup> MATUS ACUÑA, JP. "La política criminal de los Tratados Internacionales", en *Just et Praxis*, año 13 N° 1, Editorial Universidad de Talca, Chile, 2007, p. 280, señala que: "La práctica del derecho internacional desconoce, en general, las distinciones entre formas de participación y de desarrollo, *more tedeso* y en particular, en la mayor parte de los delitos de trascendencia internacional se considera que cada persona enjuiciada por la participación en la realización de un hecho descrito como delito tiene una responsabilidad penal independiente de los eventuales otros partícipes y, en principio, de un mismo valor. Con todo, el plan de "tipificar como delito" cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, "toda tentativa de cometer un delito" y "la preparación con miras a cometer un delito" se realice conforme a los "conceptos fundamentales" del "derecho interno", sigue pudiéndose intentar una dogmática diferenciadora, sin que con ello se dejen de cumplir las obligaciones internacionales. Lamentablemente, los legisladores de los Estados donde influye la dogmática alemana (como Chile) suelen reducir las posibilidades de diferenciación, mediante la tipificación de las diversas formas de participación como delitos independientes".

<sup>14</sup> UJALA JOSHI, J. *Los delitos de tráfico de droga I un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 250.

<sup>15</sup> POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 578.

Es decir, estas figuras a efectos de delimitar los comportamientos de autoría y complicidad, toda vez que la ley N° 20.000 no ha derogado los principios generales del Código Penal que regulan la participación criminal, han de interpretarse, al igual que el resto de los tipos penales, conforme a la teoría del dominio del hecho, de acuerdo con la cual tan sólo será autor quien finalísticamente domina la ejecución de los actos típicos descritos en la Ley N° 20.000, dominio que se manifestaría en lo subjetivo, porque el sujeto orienta el acto hacia la puesta en peligro de la salud pública, y en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir el desarrollo del acto<sup>16</sup>.

El referido criterio delimitador de las formas de intervención en el delito de tráfico presenta la ventaja que permite una adecuada ponderación de las diversas intervenciones, no todas equivalentes en entidad, ni de igual aptitud para lesionar o poner en riesgo el bien jurídico tutelado, y por ende, una mejor adecuación al principio de proporcionalidad.

#### **IV. Jurisprudencia**

Por presentar una redacción similar a la contenida en nuestra legislación y a efectos de una mejor ilustración de la cuestión debatida, haremos referencia en primer término a la jurisprudencia española.

##### **a) Jurisprudencia española**

El reconocimiento de la primera opción planteada, en relación con el concepto de autor contenido en estos tipos penales, esto es, un concepto extensivo, ha recibido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el cual ante una redacción del artículo 368 del Código Penal de ese país, similar a la nuestra, ha señalado que: *"la amplia descripción típica del delito contra la salud pública, en la hipótesis del art. 368 que ofrece nuestro CP, reduce de modo muy considerable la posibilidad de encuadramiento de las conductas participativas en la comisión de esa infracción en categorías distintas de la autoría, en sus diversas formas, al abarcarse bajo ella todos los supuestos de genérico favorecimiento del consumo de sustancias psicoactivas de tráfico prohibido"*<sup>17</sup>.

Sin embargo, la dificultad para admitir las formas accesorias de participación no ha llevado al Tribunal Supremo español a excluirlas de un modo absoluto del delito de tráfico de drogas, por el contrario, dicho Tribunal, ha reconocido, a pesar de los amplios términos de redacción del art. 368 del CP, la posibilidad de dar cabida a supuestos distintos a los de la autoría, y en consecuencia ha

<sup>16</sup> UJALA JOSHI, J. *Los delitos de...* cit. p. 250.

<sup>17</sup> STS Sala 2ª, N° 1609/2002, de 4 de octubre de 2002.

resuelto que si bien: *"esta sala Casacional siempre se ha mostrado reacia hacia la construcción de formas imperfectas de participación en los delitos contra la salud pública, en razón de que los verbos nucleares promover, favorecer o facilitar dejan poco margen de maniobra para dicha construcción participativa, de modo accesorio o secundario, sin que en ningún caso pueda, sin embargo, mantenerse que son de imposible concurrencia, porque la ley penal no lo excluye"*<sup>18</sup>.

Consecuente con la declaración antes dicha, es posible encontrar entonces en la jurisprudencia española un espacio de reconocimiento de la participación a título de complicidad en estos ilícitos, en especial ante: *"aquellas formas imperfectas de participación que no van más allá de lo que se ha denominado conducta de favorecimiento del favorecedor del tráfico, que no ayudan directamente al tráfico pero sí a su favorecedor, que es el que tiene la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador de éste tengan la trascendencia que requiere la autoría"*<sup>19</sup>.

En virtud de esto, se han considerado como acciones de complicidad comportamientos tales como: la indicación a los compradores del domicilio del vendedor o el acompañamiento hasta el lugar donde se vende la droga; la acción espontánea de hacer desaparecer la droga; la vigilancia del lugar donde se encuentra la droga sin relación directa con esta; el acarreo de la droga hasta el automóvil en el que iba a ser transportada; las labores de intermediación<sup>20</sup>.

En suma, la jurisprudencia española aprecia la complicidad, cuando se está frente a un acto de ejecución, pero accesorio, periférico en relación con el núcleo delictivo, calificable como de carácter secundario o de simple ayuda y por ende prescindible<sup>21</sup>.

## b) Jurisprudencia nacional

En nuestra jurisprudencia es posible destacar los siguientes pronunciamientos en relación al tema abordado.

En cuanto a la calidad de coautores, la Excm. Corte Suprema<sup>22</sup> ha señalado que: *"El concierto a que se refiere el artículo 15 N° 3 del Código Penal supone un acuerdo expreso de voluntades para la realización del delito, e involucra una intervención en la planificación del hecho y la asunción de una parte, a lo menos, en la división del trabajo que esa planificación supone; y la facilitación de medios con que se lleva a efecto..."*.

<sup>18</sup> STS Sala 2ª, N° 1739/2002, de 21 de octubre 2002.

<sup>19</sup> STS Sala 2ª, N° 1430/2002, de 24 de julio de 2002.

<sup>20</sup> Ver STS Sala 2ª, 500/2003, de 7 de abril; N° 1386/2001, de 12 de julio; N° 1463/2002, de 6 de septiembre; N° 2459/2001; N° 1110/2001, de 12 de junio; N° 1579/2000, de 10 de marzo.

<sup>21</sup> Ver STS Sala 2ª, N° 1386/2001, de 12 de julio; N° 1463/2002, de 6 de septiembre.

<sup>22</sup> Corte Suprema, Rol N° 3612/2000, de fecha 31 de marzo de 2001.

Si bien del párrafo transcrito pareciera desprenderse que para nuestro máximo Tribunal el criterio determinante para establecer la coautoría es la existencia del concierto previo y la división del trabajo, a la hora de delimitar tales comportamientos de la complicidad, asume expresamente el criterio del dominio final del hecho y de la esencialidad de la contribución del coautor, por cuanto, en el mismo fallo aludido señala que la coautoría: *“Requiere que las conductas no sean de mera colaboración, sino que importen algún grado de ejecución en el tipo penal. En la especie, esto no acontece, porque el contactar al vendedor de la droga con quien conocería al posible o presunto comprador, es un hecho que acerca a la comisión del delito, pero que en sí mismo no lo ejecuta ni supone su ejecución; es un medio de auxilio, un elemento de cooperación, por lo demás a un hecho del cual no posee dominio final; no está en condiciones de decidir sobre la consumación del hecho típico, ignora el desarrollo que podrán tener los acontecimientos y carece de control sobre ellos”*<sup>23</sup>(lo resaltado es nuestro).

El criterio de dominio final del hecho como delimitador de la coautoría y complicidad en estas materias es también utilizado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>24</sup> al sostener que: *“Es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho ajeno y que, por consiguiente, actúa con un dolo que le es propio, pues su finalidad es que el autor alcance su designio criminal. Establecido que el imputado cooperó con la ejecución de actos simultáneos, como lo fue transportar al resto de los acusados hasta una localidad cercana para traerlos posteriormente con el cargamento de droga, su actuar debe ser calificado de complicidad y no de autoría, por cuanto su comportamiento fue accesorio, no teniendo dominio del hecho”*(lo destacado es nuestro).

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>25</sup> ha indicado que: *“Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización (...) Esto no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que basta un acuerdo previo en la realización del delito para que todos los que contraigan ese acuerdo sean por eso coautores del delito. El simple acuerdo de voluntades no basta”* (lo destacado es nuestro).

El criterio del dominio final de hecho como elemento diferenciador de la autoría y participación en materia de tráfico de drogas ha sido recientemente

<sup>23</sup> En el mismo sentido el TOP de la Serena ha señalado: *“Aunque los coimputados se hubieran concertado con otro para ayudarle a buscar un adquirente de la droga que transportaba, aquello no es suficiente para atribuirles responsabilidad en calidad de autores del delito de tráfico de drogas, porque el concierto no es suficiente para castigar como autor”*.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 2/2009, de fecha 28 de enero de 2010.

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1666/2009, de fecha 11 de enero de 2010.



reafirmado por nuestra Corte Suprema<sup>26</sup>, al estimar: *“Que cuando la doctrina se refiere a los coautores de un delito, se sostiene que son tales quienes se han dividido la realización del hecho, en términos tales que disponen del condominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto, porque su contribución es funcional a la ejecución total... Es precisa la existencia de una voluntad común; además, de una prestación de contribución funcional a la realización del hecho común, en términos tales que la actividad de cada uno es dependiente de la de otros porque por sí sola es insuficiente; y, finalmente, es necesario que la intervención en la ejecución del hecho (cuando se trata del N° 1 del artículo 15 del Código Penal) sea por hechos inmediatos y directos. Se trata naturalmente de las personas que intervienen en un hecho desde su origen...”*.

En relación con el criterio de la esencialidad de la contribución, a efectos de determinar un comportamiento constitutivo de coautoría, lo hace suyo la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>27</sup>, al sostener que: *“En ese sentido, se ha precisado que **la complicidad supone una forma de participación que no es concluyente en la perpetración del hecho punible**, es decir, atañe a aquellos casos en que el agente contribuye a la ejecución del ilícito, pero no lo hace de un modo tal que, aun de no mediar su ayuda, el delito igualmente habría podido cometerse”* (lo destacado es nuestro).

La misma Corte de Apelaciones reitera este postulado al indicar que: *“Es necesario, además, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos) de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como **un eslabón importante** de todo acontecer delictivo. La necesidad debe mediar con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso”<sup>28</sup>* (lo destacado es nuestro).

No obstante lo indicado, también es posible encontrar jurisprudencia a la que sólo le basta la existencia de concierto previo para dar por establecida la coautoría en estas figuras, en tal sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que: *“la conducta de quien con su actuar facilitó la ejecución del hecho, pero desconociendo los efectos de su ayuda, **y sin estar concertado para su ejecución**, pero habiendo cooperado a ésta por actos anteriores, es constitutiva de complicidad y no de coautoría”<sup>29</sup>*.

<sup>26</sup> Corte Suprema, Rol N° 6993/2011, de fecha 12 de octubre de 2011.

<sup>27</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 51162/2002, de fecha 14 de julio de 2006.

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1666/2009, de fecha 11 de enero de 2010.

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 326/2006, de fecha 24 de marzo de 2006. Sin embargo, cabe indicar que, si bien compartimos la exclusión de la conducta a título de autoría en el caso propuesto, en nuestra opinión, resulta discutible la calificación de la misma a título de complicidad, por cuanto el tribunal de alzada expresamente reconoce que el acusado desconocía los efectos de su ayuda y requisito indispensable de la complicidad es, precisamente, que el cómplice tenga conocimiento y voluntad de contribuir eficazmente al hecho del autor.

Igual criterio adopta la Corte de Apelaciones de La Serena<sup>30</sup>, al sostener: *“Que el acusado no haya recibido la droga y no la haya portado ni transportado no es suficiente para absolverlo del delito de tráfico, porque al haberse concertado con otro acusado para recibir la droga en un día, lugar y hora determinados, se concluye que forma parte de la cadena de conductas necesarias para que la droga cumpliera su finalidad ilícita –llegar a los consumidores– y, consecuentemente, ha tenido participación inmediata y directa en el delito”.*

Por otra parte, también es posible advertir fallos que adoptan un concepto extensivo de autor, como sucede con la Corte de Apelaciones de La Serena en la sentencia recién mencionada, al indicar que: *“En efecto, la participación de autor ejecutor en algunas de las acciones constitutivas del delito de tráfico de drogas, debe tener un alcance amplio y no restringido, atendiendo a las conductas típicas de inducir, promover o facilitar y a que se trata de un delito de peligro...”.*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción<sup>31</sup>, que frente a una conducta de intermediación –el imputado con conocimiento de que se trataba de droga se limitó a pasar ésta de manos del vendedor al comprador–, señaló: *“el concepto penal de autor, el cual es más amplio y engloba a todos aquellos que sin ser partes de la negociación que conduce a la transferencia de la droga a cualquier título, intervienen en ella como simple actividad o hecho del hombre (...). Aquí es claro que el acusado, desde el punto de vista penal, es autor, pues realizó actos ejecutivos propios del delito de tráfico consistentes en entregar, **por cuenta y orden de un tercero**, dos papellitos de pasta base de cocaína, y en recibir el dinero correspondiente al precio de los papellitos...”* (el destacado es nuestro).

## V. Conclusiones

De lo expuesto, no cabe sino concluir que en orden a la distinción entre autores y cómplices en el delito de tráfico de drogas, existen en nuestra jurisprudencia criterios disímiles, que ante unos mismos hechos pueden conducir a resultados antagónicos.

Frente a la situación descrita nos parece pertinente recalcar en primer término que la Ley N° 20.000 no ha derogado los principios generales del Código Penal que regulan la participación criminal.

En segundo lugar, y a efectos de delimitar las conductas de autoría y complicidad, estimamos que estos tipos penales han de interpretarse conforme a

<sup>30</sup> Corte de Apelaciones de La Serena Rol N° 168/2008, de fecha 6 de agosto de 2008.

<sup>31</sup> TOP Concepción, Sentencia RIT N° 127/2008, de fecha 2 de junio de 2008.

la teoría del dominio del hecho, de acuerdo con la cual, por una parte, sólo podrán ser considerados autores quienes tienen la posibilidad de dejar seguir o interrumpir la ejecución de la acción típica, y por otra, deberán ser considerados cómplices quienes ejecuten actos de simple ayuda, secundarios o auxiliares, de menor relevancia, fácilmente reemplazables y subordinados a la actuación del verdadero autor, por cuanto no importan participación ni en la decisión delictiva ni en el dominio del hecho.

El criterio propuesto, junto con conducir a una mejor valoración de la calidad o intensidad de las diversas formas de intervención en el ilícito y por ende conducir a una sanción proporcionada a dicha valoración, permitiría excluir de la categoría de autoría supuestos tales como los que a continuación y solo a vía ejemplar se indican, por constituir comportamientos no esenciales o bien prescindibles para la comisión del delito:

- a) El solo acompañamiento a los compradores de droga con indicación del lugar donde ésta se vende.
- b) La ocultación ocasional y transitoria de una pequeña cantidad de droga que otro posee.
- c) Actividades de intermediación, tales como llamadas telefónicas para acordar con un tercero el transporte de la droga, o el mero acto de traspasar la droga de manos del vendedor al comprador.

## **Bibliografía**

- BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1996.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; ARROYO ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVE; SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Praxis, Bilbao, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Obras Completas T. I. Derecho Penal. Parte General*. ARA Editores, Lima, 2004.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, Parte General III. Teoría jurídica del Delito*, Tecnos, Madrid, 2001.
- CURY URZÚA, E. "De las personas responsables de delitos", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno T.I. Libro Primero-Parte General*. Dirigida por Politoff, L/Ortiz, Q. Coord. Matus, A. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- CURY URZÚA, E. *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "¿Es necesaria la cooperación necesaria?", en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir)*, Tecnos, Madrid, 2002.

GARRIDO MONTT M. *Derecho Penal. Parte General T. II. Nociones fundamentales de la teoría del Delito*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MATUS ACUÑA, J.P. "La política criminal de los tratados Internacionales", en *Iust et Praxis*, año 13 N° 1, Editorial Universidad de Talca, Chile, 2007.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.

POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

ROXIN, C. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

UJALA JOSH, I J. *Los delitos de tráfico de drogas I Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999.

# Innovación, investigación y desarrollo (I + D), y propiedad industrial

**Marcela Valería Arroyo Matteucci**

Abogado

Postulada en Asesoría Jurídica de la Empresa

Magíster en Derecho de la Empresa

Universidad del Desarrollo, Concepción

**Resumen:** El régimen jurídico que regula la propiedad industrial otorga a sus titulares el derecho de proteger y defender los resultados de su creatividad e investigación, transformándose en incentivo y garantía para la Innovación y convirtiéndose en un verdadero instrumento para la investigación y desarrollo, facilitando y fomentando la creciente transferencia e intercambio comercial de conocimientos y tecnología con ilimitado impulso y proyección global.

El objetivo de este estudio es analizar algunos de estos conceptos, exponer las diversas formas que nuestra legislación contempla para la transferencia de tecnología, exteriorizando sus técnicas de negociación. Sin olvidar la contribución estratégica que le es propia a las universidades en este proceso, que se desenvuelve como una reacción en cadena regida por la fórmula I + D, cuyo resultado es promotor de crecimiento académico y social.

\*\*\*

## 1. Innovación

Innovar es hacer lo que aún nadie ha imaginado. Es conocimiento y acción, compromete un nuevo modo de entender, y de hacer, en el mundo. Implica una idea que se vende, pero también un medio. Es transformación de una idea en un producto vendible nuevo o mejorado, en un proceso operativo en la industria y el comercio, o en un nuevo método de servicio. Es un proceso continuo, complejo e ineludiblemente incierto, mediante el cual las empresas crean, adoptan o adaptan tecnologías para desarrollar sus ventajas competitivas.

### 1.1. Concepto

Normalmente se utiliza la expresión "innovación" para referirse a la invención como a la innovación propiamente tal. Pero debería haber una diferencia:



la invención es idea, diseño o modelo para procesos, productos, sistemas o instrumentos nuevos o mejorados; la innovación se logra sólo cuando opera una transacción comercial que implica a ese producto, proceso, sistema o instrumento.<sup>1</sup>

El Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad (CNIC) la define como *"el proceso de creación de valor económico mediante el cual ciertos productos o procesos productivos, desarrollados en base a nuevos conocimientos o a la combinación novedosa de conocimiento preexistente, son introducidos eficazmente en los mercados, y por lo tanto en la vida social"*.<sup>2</sup>

Su complejidad radica en la interacción de agentes internos y externos que difieren en conocimientos e información, aumentando los costos de transacción. Sus actores son, por una parte, científicos, profesionales y técnicos del área de la ingeniería; pero además el empresario, el Estado, y el mercado.

## 1.2. Clasificación

### A) Según su naturaleza:

- **Innovación de producto:** utilización del conocimiento acumulado para crear bienes o servicios que satisfacen necesidades determinadas con miras a abrir o ampliar mercados. Se subdivide en aquellos tecnológicamente nuevos, y aquellos mejorados.
- **Innovación de proceso:** adopción de métodos de producción tecnológicamente nuevos o mejorados.
- **Innovación gerencial**, o de gestión.

### B) Según su grado de novedad:

- **Innovación radical o de ruptura:** introducción de productos o servicios nuevos no existentes en el mercado.
- **Innovación incremental:** aquella que significa una mejora progresiva de un producto.
- **Innovación adaptativa:** destinada a introducir un nuevo uso a productos, procesos y servicios ya existentes.

<sup>1</sup> González Orellana, Carolina: *Innovación Tecnológica. El Desafío de Chile*, 2005, página 14.

<sup>2</sup> Altamirano Bravo, Pedro: *Rol de la Innovación en la Competitividad de Chile: Un Análisis de las Potencialidades de la Innovación en la Región del Bío-Bío*, 2007, páginas 67 y siguientes.

### C) Según su impacto económico:

- **Innovación básica**, destinada a disminuir costos.
- **Innovación de mejora**, relativa a su componente tecnológico.<sup>3</sup>

Siendo las innovaciones de producto y de procesos aquellas en las que la tecnología tiene mayor relevancia, se les denomina **innovaciones tecnológicas**.

## 2. Investigación y desarrollo (I + D)

### 2.1. Concepto

Más que una expresión de uso mundial, es un modo de trabajar a nivel mundial. Se le puede definir como *“el conjunto de trabajos creativos que se emprenden de modo sistemático para aumentar el volumen de conocimientos, y su utilización para generar nuevas aplicaciones”*.

### 2.2. Tipos de investigación

Se clasifica en:

#### A) Investigación básica

Son trabajos originales teóricos o experimentales destinados a adquirir nuevos conocimientos sobre fenómenos y hechos observables sin aplicación determinada. Se subdivide en:

- **Pura**, que es aquella no comercializable, cuya finalidad es sólo formular hipótesis, teorías y leyes para divulgación científica y académica; y
- **Orientada**, en que su fin es obtener conocimiento científico nuevo básico para un avance tecnológico deseado.

#### B) Investigación aplicada

Consiste en trabajos sistemáticos, basados en conocimientos existentes, para la fabricación de nuevos materiales, productos o dispositivos, el establecimiento de nuevos procesos, sistemas o servicios, o la mejora sustancial de los existentes. Permite transformar ideas en forma operativa.

<sup>3</sup> Adriazola Santibáñez, Francisco: *Innovación Tecnológica en la Industria Manufacturera Chilena. ¿Una ventaja competitiva?*, 2004, páginas 17 y siguientes.

## 2.3. Desarrollo tecnológico

Se obtiene mediante la adquisición de **tecnología**, la cual puede ser:

**1) Tecnología incorporada:** son las maquinarias y equipos tecnológicos relacionados con innovaciones de productos o procesos introducidos por la industria.

**2) Tecnología no incorporada o inmaterial.** Esta última se adquiere mediante patentes, licencias, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas de fábrica, informes secretos (*know-how*), compra de servicios de I + D, invenciones no patentadas y otros servicios con contenido tecnológico.

## 3. Propiedad industrial

### 3.1. Definición

Considerando que ni la ley ni los tratados internacionales la definen, la doctrina conceptúa sus caracteres básicos. Con criterio económico, comprende *"todas las acciones del ingenio humano generadas y utilizadas en actividades industriales o de comercialización de bienes y servicios, capaces de aportar beneficio económico a sus creadores y mayor bienestar a usuarios o consumidores"*.<sup>4</sup>

No todas las instituciones incluidas en la expresión "propiedad industrial" son supuestos de propiedad (no lo es así la competencia desleal), ni se refieren exclusivamente a la industria, sino también al comercio, agricultura y servicios. La razón radicaría en que una de las primeras en regularse fueron las patentes, y como las invenciones patentables eran sólo las industriales, se extendió el calificativo "industrial" a las demás; y por una razón histórica, la de su vinculación a la época de la Revolución Industrial.<sup>5</sup>

### 3.2. Normativa

En la **Constitución Política**, la norma específica es el artículo 19 número 25 inciso 3º, que garantiza "la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley", haciendo referencia esta última expresión al *know-how* y a formas de propiedad que la tecnología desarrolle a futuro.

<sup>4</sup> Serrano, Fernando: "Derecho de la Propiedad Intelectual". Citado por Sáez Romero, Javier: *Patentes de Invención. Introducción al Estudio de su Régimen Legal*, 2006, página 11.

<sup>5</sup> Contreras Lagos, Eduardo: *Procedimiento de Registro de los Derechos Industriales*, 2007, página 7.

Su regulación legal es la **Ley 19.093, Ley de Propiedad Industrial (LPI)**, con sus modificaciones de la **Ley 19.996**, que adecua la legislación nacional a los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y crea el Tribunal de Propiedad Industrial, y de la **Ley 20.160**, que regula el procedimiento de nulidad de registros, entre otras materias. El Decreto Supremo N° 236 de 2005 promulga el **Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial (RPI)**. Finalmente, la **Ley 20.254** crea el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI).

### 3.3 Ámbito de aplicación. Titularidad y registrabilidad

Cualquier persona natural o jurídica, chilena o extranjera, puede gozar de derechos de propiedad industrial, previa obtención del respectivo **título de protección**, que es el documento emitido por el INAPI que acredita el otorgamiento de un derecho de propiedad industrial.

Dichos derechos comprenden: **a)** las marcas comerciales; **b)** las patentes de invención; **c)** los modelos de utilidad; **d)** los dibujos y diseños industriales; **e)** los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados; **f)** las indicaciones geográficas y denominaciones de origen. Sólo adquieren plena vigencia a partir del registro de su inscripción.

La facultad para requerirlos pertenece a su verdadero creador o inventor, sus herederos o cesionarios. Su titular gozará del derecho exclusivo y excluyente para utilizar, comercializar, ceder o transferir a cualquier título el objeto de la protección y el derecho conferido.

La tramitación de solicitudes, otorgamiento de títulos y demás servicios de propiedad industrial competen a INAPI, correspondiéndole entre sus funciones las actuaciones administrativas de reconocimiento y vigencia de la protección registral; elaboración, mantención y custodia de registros, anotaciones y transferencias, emisión de títulos y certificados; conservación y publicidad de documentación. Su Director Nacional resuelve como tribunal de primera instancia los juicios de oposición, nulidad de registro o de transferencias, de caducidad, y cualquier reclamación relativa a su validez o efectos, o a derechos de propiedad industrial en general.

El INAPI lleva un registro especial para cada derecho de propiedad industrial, otorgando certificaciones sobre su base, inclusive por medios electrónicos. La mantención de los registros está a cargo del Conservador de Marcas y del Conservador de Patentes, siendo ministros de fe en relación a su alcance, con función administrativa y no jurisdiccional.

## 4. Transferencia de tecnología

### 4.1. Conceptos

La **tecnología** es "el dominio de un conjunto de conocimientos que pueden emplearse en la producción de un bien". Insumo necesario para producir y comercializar, es objeto de comercio, y tiene un precio.

**Transferencia de tecnología** es "todo flujo de contenido tecnológico, de un país a otro o dentro de sus fronteras, o la autorización de explotación de sistemas comerciales, marcas, patentes, diseños industriales, licencias, y en general, de todo aquello que se encuentra amparado por la propiedad industrial".<sup>6</sup>

### 4.2. Formas de transferencia

En relación a propiedad industrial, la tecnología se provee mediante acuerdos privados (contratos comerciales) o públicos:

- **Concesión de licencias.** La persona titular de una patente de invención o de una marca (licenciante) autoriza a otra (licenciataria), mediando una remuneración y por período de tiempo establecido, para que la use y registre en forma exclusiva en su ámbito geográfico, pero sin desprenderse de su propiedad. La licencia puede ser 1) exclusiva o no; 2) limitada o ilimitada geográficamente; 3) por suma alzada, con pago periódico, o porcentual.
- **Cesión.** El titular transfiere todos sus derechos, produciéndose un traspaso de dominio y del riesgo. Gran diferencia con la licencia, que solo otorga derecho a utilizar el privilegio sin desprenderse de otras facultades que emanan de la calidad de propietario.
- **Transmisión de know-how.** Es la revelación a cambio de un precio de conocimientos no patentados susceptibles de aplicación industrial.<sup>7</sup>
- **Contrato de *franchising* o acuerdo de franquicia.** Puede definirse como un "sistema de distribución comercial –no de producción– de productos o servicios, sobre la base del prestigio y modalidades del poseedor de una marca o nombre comercial".<sup>8</sup> Puede ser, por lo tanto: a) industrial; b) de servicios; o c) de distribución.

<sup>6</sup> Bravo Ortiz, José Luis. *Los Nuevos Contratos Tecnológicos*, Ed. Jurídica Conosur, 1996, página 4.

<sup>7</sup> Omerovic Rendic, Ana María: *La Transferencia de Tecnología*. Ed. Jurídica Conosur, 1998, página 21.

<sup>8</sup> Bravo Ortiz, José Luis. *Los Nuevos Contratos Tecnológicos*, Ed. Jurídica Conosur, 1996, página 149.



- **Asociaciones empresariales.** Mediante sociedades comerciales, pacto de accionistas. Asociación o cuentas en participación (artículo 507 Código de Comercio). También a través de la celebración de contratos de *joint venture* (asociación temporal de empresas para proyecto común de colaboración, manteniendo su independencia).

Otras formas son: contratos de asistencia técnica, contratos de prestación de servicios de ingeniería, e incluso, contratos informáticos.

### 4.3. Negociación del contrato

Se caracteriza por su verticalidad, colocando a una de las partes desigualmente por sobre la otra, lo que tendría su origen en su objeto mismo, esto es, la tecnología y la conjunción de 3 realidades:

- a) monopolio para su titular: de hecho (novedad, carácter único, no fungibilidad); y de derecho (protección legal a la propiedad industrial);
- b) externalidades negativas y positivas (costos de la tecnología; conocimiento y beneficio gratuito a terceros); y
- c) asimetrías de información o ignorancia de una de las partes sobre la información necesaria para contratar.<sup>9</sup>

#### 4.3.1. Elementos a analizar en la estrategia de negociación. (Metodología de Negociación de la Universidad de Harvard)

##### 1) Elementos de fondo:

- intereses comunes, en relación con la contraparte;
- alternativas a la negociación (análisis de los potenciales resultados si se negocia con terceros);
- opciones (incorporando también comparativamente a la contraparte al análisis anterior);
- legitimidad (considerar criterios objetivos como base del acuerdo); y
- sustentabilidad de compromisos (factibilidad del real cumplimiento de los contratos celebrados).<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Manual *Regulación jurídica de la Actividad Científica y Tecnológica*, 1993, páginas 115 y 116.

<sup>10</sup> Flores Acuña, José Miguel. Seminario de Negociación de acuerdo a la Metodología de la Universidad de Harvard, Colegio de Abogados de Chile Regional Concepción, 2010.

## 2) Elementos de forma:

- calidad de la comunicación: que sea realmente bilateral y eficiente en sus resultados;
- relación entre las partes: análisis de la situación actual, expectativas y medidas para mejorarla.

### 4.4. Procedimientos de transferencia en la Ley de Propiedad Industrial (LPI)

Los derechos de propiedad industrial pueden ser objeto de toda clase de actos jurídicos: cesión, licencia otorgada a tercero o constitución de gravámenes, los que deben constar "al menos" por instrumento privado suscrito ante notario, anotándose al margen del registro, en extracto. Se recomienda escritura pública, y produce efectos respecto de terceros sólo previa aceptación y pago de derechos: artículos 14 LPI y 64 RPI.

- **Cesiones de solicitudes en trámite.** Requiere instrumento privado ante notario y constancia en el expediente del INAPI.
- **Cesiones de marcas.** Por su carácter indivisible, no se transfieren parcial o separadamente los elementos o características del signo distintivo. Excepción: la marca inscrita en más de 1 clase puede transferirse parcialmente abarcando 1 o más de las coberturas, siempre que no exista relación de cobertura de los registros divididos. Conserva su titular el resto del registro, con la prioridad y antigüedad original y dejándose constancia en él de la división y nuevos números asignados al registro dividido.
- **Medidas precautorias.** Con copia de la resolución que la decreta, se requiere su anotación en el registro.
- **Transmisión por causa de muerte.** Se acompaña decreto de posesión efectiva para inscripción al margen del registro. Previa aceptación y pago de derechos para producir el efecto de oponibilidad a terceros.

## 5. Fomento de la propiedad industrial

Principales instituciones a nivel internacional y nacional establecidas con dicho propósito:

### **A) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO)**

Creada en 1967, es un organismo internacional especializado de Naciones Unidas, con sede en Ginebra. Su misión es promover la creación y divulgación, uso y protección a nivel internacional de la propiedad intelectual en sentido amplio (que incluye la propiedad industrial), para el progreso económico, cultural y social mundial; y la armonización y tratamiento recíproco de legislaciones para construir un sistema internacional. Administra tratados internacionales, propone leyes modelo, guías de licenciamiento y códigos de uso; difunde información y mantiene servicios para facilitar la obtención de protección.<sup>11</sup> Tres órganos rectores fijan cada 2 años su programa y presupuesto: la Asamblea General; la Conferencia; y el Comité de Coordinación.<sup>12</sup> Chile ratificó el Convenio el 13 de marzo de 1991.

### **B) Organización Europea de Patentes (EPO)**

Organización intergubernamental instituida en 1977 a partir de la Convención sobre Patente Europea (CBE) firmada en Munich en 1973 por voluntad política común de los países europeos de crear un sistema de patentes uniforme en Europa. Dos órganos la conforman: la Oficina Europea de Patentes; y el Consejo de Administración, órgano legislativo. Tiene 34 Estados miembros.

### **C) Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI)**

Afecto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, es un servicio público funcionalmente descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio. De duración indefinida, con domicilio en Santiago y afecto al Sistema de Alta Dirección Pública. Además de ser institución fiscalizadora, entre sus funciones está promover la difusión del conocimiento de la propiedad industrial y elaboración de estadísticas, estudios y servicios de información para usuarios, obteniendo, recopilando y clasificando información sobre patentes, y facilitando su acceso para promover la transferencia, investigación e innovación tecnológica.

### **D) Asociación Chilena de Propiedad Industrial (ACHIPI)**

Corporación privada sin fines de lucro constituida en 1968, dirigida por un Directorio elegido por la Asamblea General de Asociación. Sus objetivos son promover la protección y respeto de derechos, principios y valores de la Propiedad Industrial y otras creaciones del intelecto; el estudio y perfeccionamiento de la legislación y ejercicio profesional en el área; propender junto a organismos nacionales y

<sup>11</sup> Sáez Romero, Javier: *Patentes de Invención. Introducción al Estudio de su Régimen Legal*, 2006, página 55.

<sup>12</sup> Contreras Lagos, Eduardo: *Procedimiento de Registro de los Derechos Industriales*, 2007, página 9.

extranjeros al estudio, difusión y consagración de estos principios; ejercer control ético y disciplinario de sus asociados; y actuar como Grupo Chileno de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI).

## 6. Propiedad Industrial y universidad

Siendo la universidad una de las instituciones que más invierte tiempo y recursos en creatividad e investigación, la propiedad industrial garantiza el derecho de proteger y defender sus resultados. Da un objetivo a la I+D al constituir un estímulo real para los investigadores, permitiendo el autofinanciamiento a través de proyectos concursables.<sup>13</sup>

La comercialización de la investigación requiere elaboración de estrategias de protección industrial y redacción de patentes; criterios para evitar su difusión anticipada, guardando el secreto de la invención; consideraciones de valor económico de la invención distinto a su valor científico; costos del proceso de adquisición de privilegios; y determinación de los países en los cuales patentar.<sup>14</sup>

Por otra parte, contratos de cooperación vinculan a empresas que no pueden financiar a permanencia la I+D, con centros tecnológicos de universidades, generando recursos para estas últimas. Procedimientos para contratación con la industria, redacción y negociación de contratos de transferencia tecnológica, y propiedad de resultados de la investigación, son nuevos desafíos para la universidad. Ésta requiere un organismo especializado en materia de propiedad industrial para velar por sus intereses académicos, económicos y de prestigio de la institución, con un hábil manejo técnico-jurídico para obtener una vinculación exitosa de investigación científica y tecnológica y adecuada protección legal de derechos involucrados.

### 6.1. Centros universitarios de propiedad industrial

Organismo multidisciplinario e interfacultades, con énfasis eminentemente jurídico, su objetivo es prestar servicios relacionados con la protección de la propiedad industrial (PI) e intelectual (I), y comercialización de derechos. Sus asesorías pueden clasificarse en relación a sus destinatarios:

**1) Asesorías a terceros** (empresas, profesionales, emprendedores e investigadores), mediante orientación y apoyo en procedimientos de protección de sus innovaciones científicas y tecnológicas, para capturar su valor y lograr su comercialización, vía licenciamiento o creación de nuevas empresas:

<sup>13</sup> Flores Acuña, José Miguel. Conferencia "Modelos de Negocios para el Comercio de la Propiedad Industrial", 2003.

<sup>14</sup> "Simposio Sobre Propiedad Intelectual, Universidad e Industria en América Latina", 1990.

- determinación de factibilidad de obtención de patentes, marcas u otros privilegios de propiedad industrial o intelectual, previa evaluación tecnológica y aplicación de criterios de mercado;
- tramitación de solicitudes y elaboración de respuestas a observaciones e informes periciales;
- diseño e implementación de estructuras e instrumentos legales para adquisición, utilización y comercialización de privilegios industriales;
- creación de asociaciones empresariales estratégicas;
- negociaciones de contratos de comercialización de propiedad industrial y transferencia tecnológica (cesiones, licencias, *know-how*, franquicias).

## **2) Asesorías a la universidad:**

- protección de derechos pertenecientes a la universidad, sus académicos y alumnos;
- organización de la actividad universitaria relacionada con aprovechamiento, utilización, comercialización y defensa de la PI&I;
- capacitación de personal;
- difusión de materias de PI&I hacia personas, instituciones y empresas relacionadas con la universidad;
- redacción de convenios de cooperación y docencia, y organización de intercambios con centros o unidades de propiedad industrial de otras universidades, chilenas y extranjeras;
- participación en asociaciones y organismos nacionales e internacionales de propiedad industrial con visión y objetivo de liderazgo de la universidad.

## **Bibliografía**

### **Textos:**

Adriazola Santibáñez, Francisco: *Innovación Tecnológica en la Industria Manufacturera Chilena. ¿Una ventaja competitiva?*, 2004.\*

Altamirano Bravo, Pedro: *Rol de la Innovación en la Competitividad de Chile: Un Análisis de las Potencialidades de la Innovación en la Región del Bío-Bío*, 2007.\*



Arroyo Matteucci, Marcela: "Propiedad Industrial en Chile. Instrumento para la Innovación y Desarrollo", Tesis de Magíster en Derecho de la Empresa, UDD, 2008. Prof. Guía: Sr. Gabriel Rioseco Enríquez.\*

Bravo Ortiz, José Luis. *Los Nuevos Contratos Tecnológicos*, Ed. Jurídica Conosur, 1996.

Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo: *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología*, Ed. Heliasta, Argentina.

Contreras Lagos, Eduardo: "Procedimiento de Registro de los Derechos Industriales", 2007.\*

González Orellana, Carolina: "Innovación Tecnológica. El Desafío de Chile", 2005.\*

Omerovic Rendic, Ana María: "La Transferencia de Tecnología". Ed. Jurídica Conosur, 1998.

Sáez Romero, Javier: "Patentes de Invención. Introducción al Estudio de su Régimen Legal", 2006.\*

*Manual Regulación Jurídica de la Actividad Científica y Tecnológica*, 1993.

Texto "Simposio Sobre Propiedad Intelectual, Universidad e Industria en América Latina", 1990.

### **Conferencias:**

Flores Acuña, José Miguel. Conferencia "Modelos de Negocios para el Comercio de la Propiedad Industrial", 2003.

Flores Acuña, José Miguel. Seminario de Negociación de acuerdo a la Metodología de la Universidad de Harvard, Colegio de Abogados de Chile Regional Concepción, 2010.

### **Apuntes de cursos aprobados:**

"Contratos Mercantiles, Marcas y Patentes", Magíster en Derecho de la Empresa, UDD, 2008.

"Curso General de Propiedad Intelectual", Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI Suiza), versión on-line, marzo-abril 2010.

"Soluciones Alternativas de Conflictos", Magíster en Derecho de la Empresa, UDD, 2008.

\* Tesis o Memorias de Prueba.

## Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas

Isabel Olivares Guzmán

Abogada

**Resumen:** los mecanismos de resguardo contemplados en la Ley 19.886 son un gran avance en materia jurídico-administrativa, sobre todo con la creación de un tribunal con competencia específica, lo que ha ayudado a hacer más eficiente y transparente la gestión estatal, pero requieren de mejoras que posibiliten una solución viable y real para los proveedores del Estado, que los incentive a participar como colaboradores de la función pública, bajo el alero de una norma que más allá de acoger o rechazar sus peticiones, les entregue una solución satisfactoria.

\*\*\*

El año 1994 se crea la Comisión Nacional de Ética Pública, como una instancia de estudio y elaboración de políticas públicas e iniciativas legales, la que luego de realizar un estudio de la legislación vigente en materia de compras públicas, estimó necesario dictar una ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado que "asegure la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado; y que, simultáneamente, dé unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación sobre el tema". El año 1996, el actual Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República se dedicó a examinar el régimen de contratos y licitaciones en el sector público, y recomendó la "creación de un marco legal común para la Administración del Estado respecto a contratos y licitaciones, que admita su adaptabilidad por la vía reglamentaria para acoger la diversidad de los diferentes servicios".<sup>1</sup>

En enero del año 1998, el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública determinó que era necesario contar con un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones que contemplara la creación de una normativa marco de compras y contrataciones del sector público y reglamentos por Servicios, fue así como el 27 de octubre del año 1999, mediante mensaje N° 9-341, de S.E. El Presidente de la República, se da inicio a un proyecto de ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

<sup>1</sup> Historia de la Ley de Compras Públicas.

Publicada el 30 de julio del año 2003 nace la Ley N° 19.886, de Compras Públicas, para regular: "Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones".<sup>2</sup>

Se entiende por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.<sup>3</sup>

Quedan entonces excluidos todos los contratos cuyo objeto sea la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles, los que tienen un tratamiento bastante particular, dicho sea de paso, dependiendo de la naturaleza y del monto de la contratación.

Por su parte, el artículo 3° del citado cuerpo legal señala de manera taxativa cuáles contratos y convenios quedan excluidos de la aplicación de la Ley N° 19.886, entre los cuales podemos encontrar *los convenios entre organismos públicos*.

Del análisis de los artículos citados, contenidos en el Capítulo I de la Ley N° 19.886, denominado "Disposiciones Generales", se extrae el ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, circunscrito por este hecho, a la relación que surge entre el Estado y los particulares, estos últimos en su rol de proveedores de bienes muebles y servicios.

Como se explica en la Historia de la Ley N° 19.886, uno de los temas centrales que giró en torno a la Comisión que presentó el proyecto fue la regulación de: "a lo menos, dos tipos de contratos públicos básicos e indispensables para el normal funcionamiento de la Administración: el de suministro y el de prestación de servicios. Regularmente, porque ellos son los de mayor ocurrencia dentro de la Administración y porque representan, además, uno de los aspectos centrales de regulación de eficiencia del gasto público y la reforma del Estado".

El fin que este proyecto tenía en mente al momento de ser presentado era lograr "un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado, lo que hace más fácil prevenir el fraude y la corrupción".

Son estas relaciones las que viene a regular la Ley N° 19.886 a través de principios rectores, procedimientos para la contratación y la creación de dos mecanismos de control y de transparencia en la contratación pública, como son

<sup>2</sup> Chapeau del artículo N° 1 de la Ley 19.886.

<sup>3</sup> Inciso final del artículo N° 1 de la Ley 19.886.

el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, y el Tribunal de Contratación Pública, este último como mecanismo de solución de conflictos. Estos dos organismos cautelán las relaciones entre el Estado y los particulares, ya que a la Contraloría General de la República le corresponde la fiscalización de todos los actos administrativos, de conformidad con lo señalado en la resolución N° 1.600 del año 2008, del mismo organismo; y a los tribunales con competencia común, aquellas materias que no sean de competencia del órgano fiscalizador por excelencia, lo que en general se refiere a materias contractuales.

Por tal motivo, se debe entender, por una parte, al sector público como el más importante comprador de nuestra economía, y a los particulares, por la otra, en un rol doble; como sujetos a quienes van dirigidos los esfuerzos de la Administración Estatal, y a la vez como proveedores de los bienes muebles y servicios necesarios para que el Estado cumpla su función.

Se hace necesario contar con una esfera de protección que resguarde tanto los intereses del Estado como los de los particulares, en el desarrollo de sus actividades económicas y como último destinatario del interés público.

Entonces, para explicar de manera simplificada una de las funciones de la Ley N° 19.886, cual es la protección de los intereses de las parte intervinientes, se han agrupados en tres grandes categorías los mecanismos de resguardo que establece la Ley de Compras Públicas, y se les ha llamado mecanismos a modo genérico, ya que dos de ellos tratan materias de fondo y el tercero está formado por los órganos encargados de resguardar la función estatal.

El primero de ellos está formado por los principios rectores, entre los cuales se encuentran los siguientes principios: legalidad, estricta sujeción a las bases, igualdad y libre concurrencia de los oferentes, publicidad y transparencia, idoneidad del contratante, y control de mérito. Este último principio ha sido atribuido específicamente al mérito, pues es el órgano público que requiere el suministro del bien mueble o la prestación del servicio quien debe ejercer esta labor, como requisito previo a la contratación o adquisición a través del catálogo electrónico, o bien a la elaboración de las bases de licitación para su posterior contratación. Mas el control desde el punto de vista de la legalidad no le es ajeno, pero se encuentra más bien relacionado con la función que realiza la Contraloría General de la República, a través de la toma de razón y el registro, y que por mandato constitucional está dentro de la esfera de sus funciones.

“Al respecto, atendidos los argumentos reseñados, se levanta la observación, toda vez que las razones que la autoridad haya tenido en consideración

para iniciar un proceso licitatorio constituye una cuestión de mérito que corresponde ponderar a la administración activa".<sup>4</sup>

Retomando lo reseñado en relación a los mecanismos de resguardo, se encuentran en segundo término los procedimientos para la contratación de bienes o servicios contenidos en la Ley N° 19.886. A este respecto, se vislumbran cuatro modalidades que deben seguir los organismos públicos en un orden de prelación, esto es: en primer término se debe consultar el catálogo de compras públicas que se encuentra publicado en la página web [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl), luego si aquello que se requiere contratar no se encuentra en el catálogo, se debe considerar como primera opción la posibilidad de elaborar un procedimiento de licitación abierta a todos los proveedores del Estado, lo que se conoce como licitación pública; y sólo en los casos señalados en el artículo 8° de la Ley De Compras Públicas se podría obviar el paso de la licitación pública para realizar una licitación privada (cerrada), o una contratación directa (dirigida), dependiendo únicamente del fundamento de la causal que sea invocada. Cada uno de estos procedimientos se encuentra ampliamente regulado, tanto en la Ley de Compras Públicas como en su Reglamento, y a través de las Directrices que elabora la Dirección de Compras y Contratación Pública, ChileCompra.

El tercer mecanismo de resguardo está compuesto por los órganos que resguardan los principios y los procedimientos de contratación pública, estos son: la Dirección de Compras y Contratación Pública, y el Tribunal de Contratación Pública. Corresponde a la Dirección de Compras y Contratación Pública: la asesoría en la planificación y gestión de los procesos de compras; licitar la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos; velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas; suscribir convenios con entidades públicas y privadas para recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores; licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco; representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos en la forma que establezca el reglamento; administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores; promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración; y establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles, conforme con lo señalado en el artículo N° 30 de la Ley 19.886. Por su parte, corresponde al Tribunal de Contratación pública: "...Conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley".<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Dictamen 40.157, de 20 de julio de 2010 de la CGR.

<sup>5</sup> Inciso primero del artículo 24 de la Ley 19.886.



Es ante el Tribunal de Contratación Pública donde se pueden observar los derechos y garantías de los proveedores frente a la potestad administrativa discrecional, éste es el punto de encuentro entre los principios contenidos en la Ley N° 19.886 y las potestades exorbitantes de los órganos de la administración en sus relaciones frente a los particulares.

“Poder discrecional consistente en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta esté previamente determinada por regla de derecho” (Pedro Pierry Arrau).

Se habla de potestades exorbitantes, pues si bien la discrecionalidad es parte de la potestad administrativa de los órganos de la Administración, esta no debe ser arbitraria o ilegal, y es esto lo que sucede cuando los organismos estatales trasgreden o realizan una interpretación abusiva de la norma.

“De esta manera, aunque se trate de una atribución exclusiva del organismo licitante, como lo afirma CONAF en su informe a esta entidad fiscalizadora, no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente, por cuya razón la disposición en comento demanda que se exprese y deje constancia del fundamento que motiva la medida en que recae. En apoyo de lo anterior puede anotarse que esta norma, en la medida que incide en el ámbito del desarrollo de actividades económicas, debe interpretarse en concordancia con la garantía prevista en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar actividades lícitas de ese género, respetando las normas legales que las regulen”.<sup>6</sup>

Es cierto que se debe proteger el interés público, pero no es menos cierto que al tratar de proteger el interés público se puede estar perjudicando a los mismos sujetos que constituyen el fin último del interés público, pasando a llevar al mismo tiempo garantías constitucionales como la libertad económica y de emprendimiento, y el derecho de propiedad.

Un ejemplo claro en este sentido se encuentra en las prosaicamente denominadas “sentencias de papel”, aquellas que son resultado de un proceso jurisdiccional ante el Tribunal de Compras Públicas, llevado acuciosamente, con el debido desgaste económico y profesional del órgano estatal, pero que luego de dictado el fallo, una vez que la sentencia se encuentra ejecutoriada, aun cuando ésta sea favorable al proveedor, nada puede repetir contra el organismo público sancionado, pues “En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las

<sup>6</sup> Dictamen N° 33.622 de 2008, de la CGR.

*medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho...".<sup>7</sup> Esta es la sanción que por Ley puede aplicar el Tribunal de Compras Públicas, lo que en la práctica contrasta con las facultades de los órganos de la Administración del Estado, pues con las potestades que posee, bien puede dejar sin efecto un proceso licitatorio haciendo inaplicable la sanción impuesta por un tribunal con competencia para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. ¿Se puede en este caso "hacer ejecutar lo juzgado"? Este mismo tipo de situación se advierte cuando se trata de contratos de prestación de servicios que son de ejecución inmediata. Prestado el servicio, cuál es la facultad del órgano jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado.*

Cabe entonces preguntarse: si existe el derecho a la inalterabilidad del equilibrio económico-financiero del contrato, ¿por qué no existe la indemnización de perjuicios como sanción aplicable por el Tribunal de Contratación Pública? Siendo inaplicable la sanción que señala la norma legal, lógico es pensar en poder obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados por el órgano estatal, pero nuevamente encontramos una arista en este punto, pues para que se pudiera solicitar una indemnización de perjuicios primero se tendría que resolver la incógnita relativa a la existencia de derechos adquiridos, tema que no ha sido aún resuelto ni siquiera por el propio Tribunal de Compras Públicas, ya que se aprecia en los diversos fallos dos marcadas tendencias, una de ellas se inclina por aceptar la idea de la existencia de derechos adquiridos una vez adjudicado el contrato, y otra parte señala que estos derechos sólo se adquirirían una vez firmado el contrato.

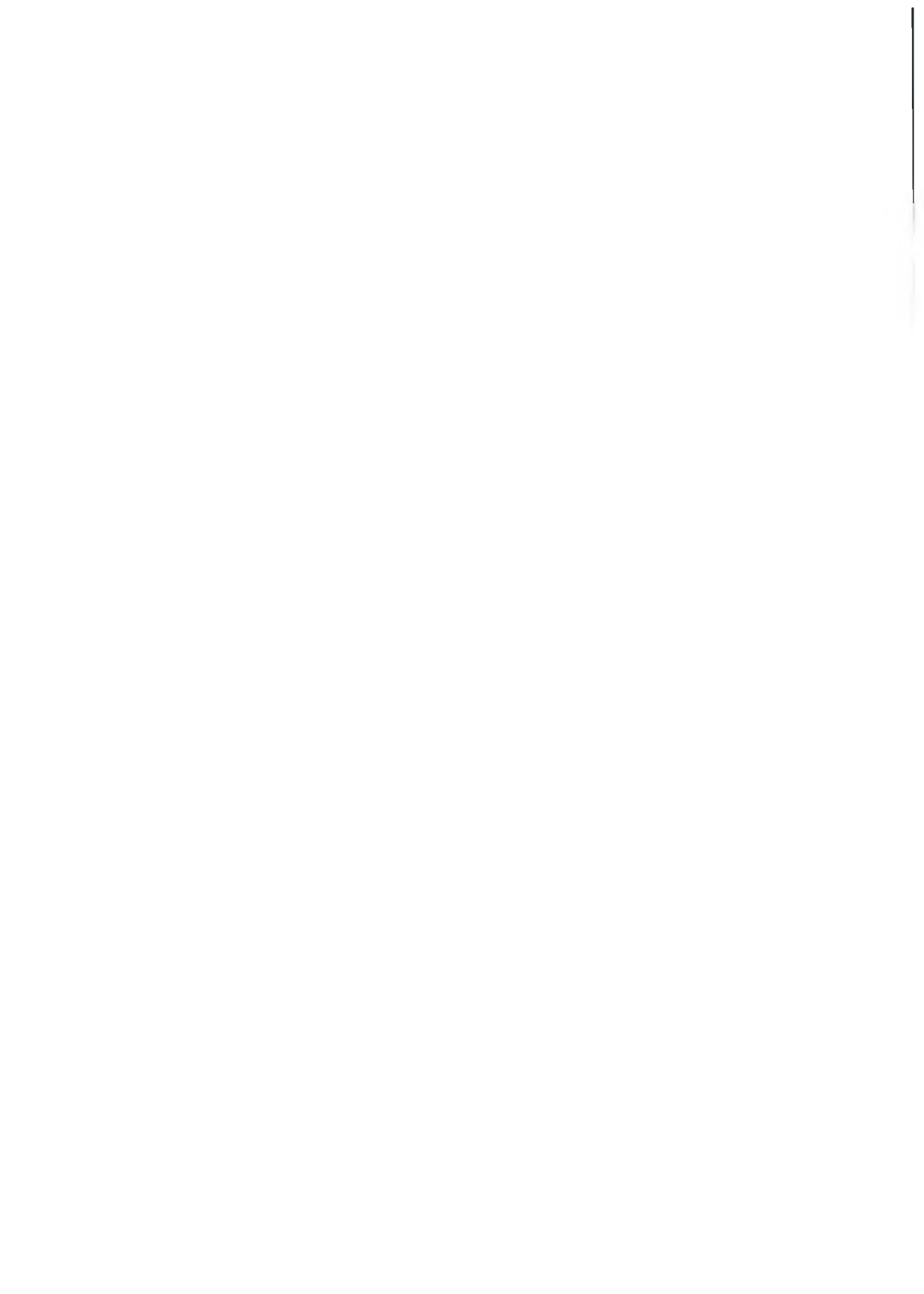
Señala el abogado y catedrático Eduardo Soto Kloss: "si ocurren situaciones o hechos que implican no la imposibilidad de continuar con el contrato, sino un desequilibrio económico en la adecuación financiera o equidad contractual –tales como hechos de la naturaleza imprevisibles, hechos de orden económico financiero internacional, de la autoridad estatal (legislador), o incluso de la autoridad estatal administrativa, pero distinta de la Administración contratante, o aun de la propia contratante, pero en tanto autoridad pública y no como parte del contrato– la Administración contratante habrá de compensar tal desajuste si bien de distinto modo según sea el caso en cuestión".<sup>8</sup>

En conclusión, los mecanismos de resguardo contemplados en la Ley 19.886 son un gran avance en materia jurídico-administrativa, sobre todo con la creación de un tribunal con competencia específica, lo que ha ayudado a hacer más eficiente y transparente la gestión estatal, pero requieren de mejoras que posibiliten una solución viable y real para los proveedores del Estado, que los

<sup>7</sup> Artículo N° 26 de la Ley 19.886.

<sup>8</sup> Eduardo SOTO KLOSS, apuntes de clases "La Contratación Administrativa", Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1988, pág. 23

incentive a participar como colaboradores de la función pública, bajo el alero de una norma que más allá de acoger o rechazar sus peticiones, les entregue una solución satisfactoria. Hasta que ello no ocurra, la posibilidad de obtener una sentencia que desagravie los intereses de los proveedores en determinado tipo de situaciones, como las descritas precedentemente, se verá mermada frente a la potestad de los órganos de la Administración del Estado, que son, al fin y al cabo, quienes determinan la existencia o no de una necesidad pública o interés público que satisfacer.



# **Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión**

**Rodrigo Bravo Vallejos**

Abogado  
Universidad Diego Portales

**María Fernanda Juppert Ewing**

Abogada  
Decana UNIACC  
Magister en Derecho de la Empresa  
Universidad del Desarrollo  
Master Mades en Entidades de Economía Social  
Universidad de Valencia  
Master of law  
University of California, Berkeley.

**Resumen:** El presente artículo tiene por finalidad plantear la nulidad de pagarés y letras de cambio en blanco, llenadas por medio de un mandato otorgado por el consumidor a un proveedor de servicios, basado en la característica de contratos de adhesión que revestirían dichos instrumentos jurídicos, como asimismo la normativa aplicable en materia de Protección de Derechos del Consumidor.

\*\*\*

## **Introducción**

Se ha convertido en una práctica usual dentro del derecho comercial la suscripción de letras en blanco y pagarés que no tienen claramente determinada la suma de dinero a responder por parte de quien suscribe la letra o pagaré a la hora de su cumplimiento.

El planteamiento anterior, como se indicará más adelante en el presente artículo, es en mi opinión, de por sí, nulo de nulidad absoluta de acuerdo a las normas especiales referidas al particular.



Con todo, se ha subsanado por la práctica comercial esta causal de nulidad, mediante la suscripción en el mismo acto de un contrato de mandato especial, que habilita al beneficiario de la letra o pagaré para llenar el espacio en blanco consignado al efecto en aquel documento.

En tal sentido, se hace necesario discutir la validez de tal mandato, por no cumplir con los requisitos esenciales del contrato de mandato.

Finalmente, revisaremos las normas relativas a los contratos de adhesión con cláusulas en blanco incorporadas por la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, mediante las cuales se tienen por no escritas por ser contrarias a Derecho en la normativa nacional, situación que acontece de manera flagrante tanto en las letras de cambio, pagarés y mandatos en blanco que son objeto del presente artículo.

### **Antecedentes generales relativos al pagaré**

En la actualidad no existe una definición legal de pagaré en el derecho chileno. Tras la dictación de la Ley Nº 18.092, se eliminó aquella consignada en el Código de Comercio, en su artículo 766, que lo definía indicando que: "Vale o pagaré es un escrito por el que la persona que firma se confiesa deudora a otra de cierta cantidad de dinero y se obliga a pagarla dentro de un determinado plazo".

Con todo, la Ley Nº 18.092 viene en enumerar las menciones esenciales que debe contener dicho instrumento para ser considerado como tal. Mediante la enumeración del artículo 102, que establece los siguientes: 1) Indicación de ser pagaré, escrito en el mismo idioma empleado en el título; 2) La promesa no sujeta a condición de pagar una determinada o determinable suma de dinero; 3) El lugar y época de pago; No obstante si no se indicare el lugar de pago, éste debe efectuarse en el lugar de su expedición, y si no contuviere la fecha de vencimiento, se considerará pagadero a la vista; 4) El nombre y apellido del beneficiario; 5) El lugar de su expedición, y 6) La firma del suscriptor.

De lo anterior surge la definición jurisprudencial relativa al pagaré, que lo define como: "un acto jurídico por el que una persona, voluntariamente y sin someterse a condición, se reconoce deudora de otra prometiendo pagar un monto determinado o determinable de dinero, surgiendo tal obligación desde el momento en que se formula una declaración documental en tal sentido, sin que sea necesario, para su validez, la aceptación del beneficiario, sin que se exprese la razón o motivo que indujo a suscribir tal título de obligación".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, 2ª parte, sección 1ª, página 104. En el mismo sentido, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVIII, 2ª parte, sección 2ª, página 16, y Ricardo

Es posible entonces colegir que la naturaleza jurídica del pagaré será la de ser un efecto de comercio que consiste en una declaración documental que debe contener las exigencias legales de forma y fondo que expresamente determina el legislador. En caso de que no las contenga, deberemos entender que la sanción que procede, en virtud de las normas generales, es la nulidad absoluta, por no cumplirse con los requisitos de la esencia de dicho instrumento.

Entre dichas obligaciones, debemos destacar particularmente dos de ellas. Por una parte, el que la promesa de pago no puede estar sujeta a condición alguna, y, en segundo lugar, que debe referirse a una cantidad de dinero determinada o determinable.

Es en virtud del artículo 103 de la Ley N° 18.092 que se dispone que el documento que no cumpla con las exigencias del artículo anterior no será considerado válido como pagaré. En palabras de Ramón Domínguez Águila y Ramón Domínguez Benavente, la sanción aplicable en el caso de incumplimiento de los requisitos de extensión para dicho título de crédito: "quedará sin valor, es decir, queda privado de toda eficacia, ya que no tiene el carácter obligatorio de un pagaré o de una letra, ya no es eficaz como tal".<sup>2</sup>

Lo anterior, dado que el pagaré como título de crédito tiene como característica la formalidad y, por lo tanto, "el documento que lo expresa y no cumpla con las exigencias del artículo 102 de la ley no vale como pagaré".<sup>3</sup>

En cuanto a que la obligación no está sujeta a condición que debe consistir en pagar una cantidad determinable de dinero, significa que si la obligación no está determinada en cuanto a su monto al tiempo de la suscripción del pagaré, debe al menos poder determinarse posteriormente a través de mecanismos de ajuste que permitan, a partir del mismo pagaré, determinar el monto a pagar a su vencimiento.

### **Del pagaré en blanco**

Cuando un pagaré contiene, al momento de su suscripción, blancos en cuanto a su monto y fecha de vencimiento surgen varias interrogantes jurídicas que pueden resultar de interés, sobre todo cuando contrastamos estas normas

---

Sandoval López: *Derecho Comercial*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición actualizada, año 1999, N° 130, página 168

<sup>2</sup> Ramón Domínguez Águila y Ramón Domínguez Benavente: "Prescripción, caducidad y pagaré a la vista", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 179, año LIV, enero-junio 1986, página 125

<sup>3</sup> Guillermo Vásquez Méndez: *Tratado sobre el cheque, la letra de cambio y otros documentos financieros*, tomo II, Editorial Jurídica ConoSur, marzo de 1982, página 562

comerciales con las aplicables en materia de protección de derechos del consumidor.

Como es sabido, el artículo 107 de la Ley 18.092 hace aplicables al pagaré, "en lo que no sean contrarias a su naturaleza", las normas relativas a la letra de cambio.

El artículo 11 de la Ley 18.092, por su parte, contempla la eventualidad de la letra en blanco, y por extensión del pagaré en blanco, admitiendo que sea llenada de acuerdo a las instrucciones del obligado al pago.<sup>4</sup>

Es difícil establecer un concepto jurídico de "letra de cambio en blanco" o "pagaré en blanco", dada la parquedad e insuficiencia de la normativa que regula esta figura en nuestra ley cambiaria. Tampoco puede verse suplida esta deficiencia por la labor integradora que pudiera realizarse a nivel jurisprudencial o por la regulación internacional existente en la materia.

Tanto la Ley 18.092, como la Ley Uniforme de Ginebra sobre letra de cambio y pagaré, admiten la validez de esta figura, pero en ningún caso la regulan exhaustivamente, limitándose tan sólo a normar sobre el acontecimiento que supone el complemento abusivo y sus efectos en la relación cambiaria que pudiera suscitarse ante terceros.

Es así como en su artículo 10 la Ley Uniforme de Ginebra estipula que "Si una letra de cambio incompleta a su emisión ha sido completada contrariamente a los acuerdos intervenidos, la inobservancia de estos acuerdos no puede ser opuesta al portador, al menos si él no ha adquirido la letra de cambio de mala fe o sí, al adquirirla, él no ha cometido una falta grave".<sup>5</sup>

Así, dada esta insuficiencia normativa, se ha discutido en la doctrina y en el derecho comparado (especialmente en España) la validez de la utilización de letras de cambio y pagarés suscritos en blanco con el fin de garantizar obligaciones de dinero cuyo nacimiento está subordinado a contratos que se desarrollan en el tiempo y que pueden llegar a producir saldos de deuda contra el suscriptor o aceptante, por cantidades que no pueden determinarse o se ignoran al momento de aceptarse la letra o suscribirse el pagaré.

<sup>4</sup> Artículo 11. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2º, si la letra de cambio no contiene las menciones de que trata el artículo 1º, cualquier tenedor legítimo podrá incorporarlas antes del cobro del documento, sujetándose en todo ello a las instrucciones que haya recibido de los obligados al pago de la letra. Si se llenare en contravención a las instrucciones, el respectivo obligado podrá eximirse de su pago probando tal circunstancia. Esta exoneración de responsabilidad no podrá hacerse valer respecto del tenedor de buena fe.

Todo lo anterior no obsta al ejercicio de las acciones penales que fueren procedentes.

<sup>5</sup> Ley Uniforme de Ginebra

La legislación ecuatoriana, por su parte, en el artículo 410 del Código de Comercio no admite validez a la letra de cambio, sino que sólo al endoso de tal instrumento.

Tras la entrada en vigencia de la Ley 18.092, aprovechando la figura de la letra "en blanco", merced a la remisión normativa del pagaré (art. 107 de la ley), se ha incrementado la utilización de tal documento cambiario en orden a garantizar operaciones civiles bancarias, es decir, aquellas mediante las cuales las entidades de crédito conceden a sus clientes sumas dinerarias o disponibilidad para obtenerlas con cargo a los capitales que han recibido de otros clientes dentro de una operación de captación de capitales. La misma operación es realizada por otro tipo de organizaciones con cargo a sus propios recursos financieros.

Si el pagaré documenta una promesa pura y simple de pago, debe generar para su autor una obligación, aunque sea abstracta, de la misma naturaleza, y es por ello que tal obligación que el título representa y que se ha de establecer sobre esta base esencial no puede configurarse *ab initio* de forma indeterminada, para autorizar su determinación cuántica posterior en base a una liquidación de deuda a efectuar por el propio tomador del pagaré, que, además, se hace depender de otra condición, como es la relativa al vencimiento anticipado del negocio jurídico subyacente que constituye su causa. Si este tipo de prácticas comerciales se autorizaran al tráfico mercantil, lo que se reconoce como "promesa pura y simple de pago" pasaría a convertirse en "una promesa de pago indeterminada y condicional", cuya determinación cuántica y cumplimiento de la condición quedaría en manos de la voluntad unilateral del tomador, todo ello a los solos efectos de constituir un título ejecutivo sin los requisitos de validez establecidos por la ley.

Lo anterior, en nuestra opinión, desnaturaliza completamente la figura del pagaré para convertirlo en una institución distinta, pero que no puede ser catalogable como "título valor" con fuerza ejecutiva bastante al faltarle uno de los elementos esenciales al momento de su libramiento y cuyo complemento no es posible realizarlo por el tomador en un momento posterior, dado que las instrucciones de complementación de la información contenida en el instrumento –como se verá más adelante al examinar las normas del mandato–, carecen de validez en estos casos.

El pagaré es un título eminentemente formal, cuya creación ha de hacerse con sujeción a ciertas solemnidades que no se exigen como requisitos meramente *ad probationem*, sino que son verdaderos requisitos *ad solemnitatem*, es decir, indispensables para la constitución y nacimiento de las obligaciones cambiarias.

Por lo tanto, la constitución de pagaré en blanco con mandato en blanco para proceder a su llenado por parte del proveedor de un servicio, en caso de la existencia de una obligación futura que no se conoce con certeza que vaya a existir, a ser cobrada por medio del instrumento, se encuentra sujeta a una modalidad que hace eventual el derecho, subordinándolo a un acontecimiento ulterior e incierto, que puede o no verificarse.

Conforme a lo expuesto, el instrumento en estudio, al sujetarse a un evento futuro e incierto, contraviene uno de los enunciados que determinan que se trata de un pagaré o letra de cambio, modificando la naturaleza jurídica del pagaré o de la letra de cambio de un título de crédito incausado, perdiendo sus características especiales que revisten los efectos negociables, para convertirlo en un instrumento de garantía con causa determinada, lo que desnaturaliza abiertamente la esencia del instituto jurídico en comento.

Siguiendo lo planteado por el profesor Álvaro Puelma, la Ley 18.092 "establece que el documento al cual faltan algunos de los requisitos exigidos y no suplidos por la ley no se considera letra de cambio; pero debe tenerse presente que si cumple con los requisitos correspondientes a otro documento reglado por la ley o la costumbre, el documento será válido. Por último. El documento podría ser considerado un simple instrumento privado con el valor probatorio que le reconocen a tales instrumentos el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. Pero, insistimos, no será considerado letra, sin necesidad de declaración judicial que así lo establezca. Al no ser letra, no es posible protestarla como tal, ni endosarla, de acuerdo a las normas cambiarias, ni en general produce ninguna de las consecuencias o efectos propias de esta clase de documentos".<sup>6</sup>

De esta forma, el instrumento consignado como "pagaré", en las circunstancias antes descritas, carecería de valor como tal, en cualquier tipo de relación jurídica, por no cumplir con la mención esencial que exige el N° 2 de la ley 18.092. Esta conclusión será aun más tajante cuando el pagaré haya sido extendido en el contexto de una relación entre un proveedor y un consumidor, por infringirse las normas especiales en materia de protección de derechos del consumidor que le resultan aplicables, como se revisará al estudiar el problema de las cláusulas en blanco en los contratos de adhesión. Finalmente, el problema se agrava cuando al pagaré suscrito con blancos en cuanto a su monto o fecha de vencimiento se suma un mandato otorgado en forma paralela con la habilitación para rellenar dichos datos, al ser calificables dichos documentos como partes integrantes de un contrato de adhesión, otorgados por un consumidor al proveedor de un bien o servicio con quien se contrata.

<sup>6</sup> Álvaro Puelma Accorsi: *Letra de Cambio y Pagaré*, Edit. jurídica de Chile, febrero 1985, pág. 9.



## **Del mandato en blanco**

Todo mandato debe reunir los requisitos de validez comunes a todo acto jurídico, entre los cuales se encuentra el objeto, lo cual se reafirma en nuestro derecho por la exigencia de un objeto lícito como requisito esencial del acto jurídico, según el artículo 1445 del Código Civil.

Lo anterior es concordante con el artículo 1108 del Código Civil francés, el cual indica que son cuatro las condiciones esenciales para la validez de una convención, entre ellas: *"un objeto cierto que forma la materia del compromiso"*, a continuación, el mismo cuerpo legal establece que: *"Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o que una parte se obliga a hacer o no hacer. El simple uso o la simple tenencia de una cosa puede ser, como la cosa misma, objeto del contrato"*.

Por su parte, el artículo 1460 de nuestro Código Civil señala que: *"Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer"*.

De lo anterior se colige que el objeto del acto jurídico puede consistir en una cosa o en un hecho, que es materia de la prestación que se adeuda. De tal manera que es indispensable que la declaración de voluntad esté dotada de un objeto. La falta de objeto impide la formación del consentimiento, y por tanto, la formación del acto jurídico mismo, el cual, como es sabido, es un requisito de existencia del acto.

Entendiendo que es de la base de cualquier contrato el obligarse a dar, hacer o no hacer una cosa, el mandato en cuanto acto o contrato no es la excepción. En el contrato de mandato, definido por el Código Civil en su artículo 2116 como: *"un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera"*.

No es extraño concluir que de la misma definición del contrato de mandato se entiende que un requisito de la esencia de éste será la *"gestión de un negocio"* por cuenta ajena.

Se ha intentado proponer que este es un tipo de mandato especial, análogo a las instrucciones admitidas en costumbre para el llenado de estos documentos, a saber el artículo 2130 del Código Civil indica: *"Si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama especial; si se da para todos los negocios del mandante, es general; y lo será igualmente si se da para todos, con una o más excepciones determinadas"*.

En este caso, como se entrega el mandato del llenado del pagaré, este mandato será especial. Pero se requiere que el encargo esté claramente determinado en

el mandato, requisito que no se cumple al no consignar en forma determinada o determinable el monto por el cual deberá ser llenado dicho pagaré, faltando por tanto el requisito de la determinación del negocio al cual se refiere el encargo.

No es posible señalar que estamos frente a un contrato de mandato por el mero hecho de que se lo titule como tal por medio de escritura pública o privada, porque es necesario que dicho contrato cumpla con el requisito de "gestión de un negocio", elemento que además deberá ser a favor del mandante y no del mandatario, característica que en el caso que nos ocupa adquiere la mayor relevancia.

En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha sido clara al referirse respecto a este requisito del negocio en el contrato de mandato:

"Que la expresión "negocio" contenida en la cláusula 45 del Contrato de Mandato General con Administración y Disposición de Bienes, que rola a fojas 139 (antes 1), debe interpretarse en la forma empleada en el artículo 2116 del Código Civil, esto es, en palabras del tratadista David Stitchkin Branover, la "administración y ejecución de negocios jurídicos y de negocios de índole económica que sean materia de una ocupación lucrativa o de interés" (En *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1975, página 51).

El sentido anterior resulta lógico si se precisa en que el mandante busca obtener una utilidad con la actividad del mandatario y no conferirle un poder jurídico sobre sus bienes sin ningún provecho".<sup>7</sup>

De tal manera, podemos identificar dos problemas con estas clases de mandato. En primer lugar, que no cumplen con el requisito de existencia de determinación del negocio objeto del encargo, propio de un mandato especial. Y, en segundo lugar, que la utilidad del mandato está dada en beneficio del mandatario, desnaturalizando esta institución.

Se ha argumentado asimismo que dicho mandato incorpora la instrucción de llenar el pagaré o la letra de cambio, hecho que normalmente no se incorpora dentro del texto mandato.

Esta indeterminación adquiere mayor relevancia cuanto se incorpora la idea de que en dicho mandato especial se encuentra implícita la instrucción del llenado del pagaré, acción que Puelma reconoce válida en el caso de un man-

<sup>7</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 06/11/2006, Rol 735-2004 y acumulada 2551-2004. West law chile: CL/JUR/3665/2006

dato general, al indicar que: "Debe agregarse que la ley no exige la existencia de instrucciones escritas. Estas, según nuestra opinión, pueden ser expresas o tácitas. La entrega voluntaria del documento firmado en blanco importa instrucción tácita para llenarlo, al arbitrio de quien lo recibe, significando un acto de confianza equivalente al otorgamiento de un mandato general".<sup>8</sup>

Aun cuando instrucciones tácitas, en nuestra opinión, no podrían autorizar al mandatario para determinar por sí mismo la cantidad de dinero adeudada por el mandante en el pagaré o letra de cambio. Especialmente en atención a que el único beneficiario de dicha acción será el mandatario.

De tal manera, aun cuando las instrucciones fueran consideradas como parte integrante del mandato –al tratarse de un mandato especial en blanco, donde no se ha cumplido con los requisitos de existencia del mandato–, llenar la letra de cambio o pagaré invocando "instrucciones tácitas" del mandante, nos parece sería una clara violación de las instrucciones, eximiendo por tanto al mandante del pago de dicho título de crédito: "Si se prueba violación de las instrucciones, la sanción es drástica; el respectivo obligado queda eximido del pago. La inobservancia de las instrucciones debe ser probada por quien la alega".<sup>9</sup>

En efecto, ante un pagaré o letra de cambio en blanco, llenado a través de un mandato especial en blanco, sería en nuestra opinión suficiente el probar la inexistencia de una instrucción clara respecto a la determinación o determinabilidad del monto de la obligación, para plantear ante el Tribunal Competente la insuficiencia de las instrucciones existentes.

### **Contrato de adhesión en relación a la letra de cambio o pagaré en blanco llenados por medio de un mandato especial en blanco**

Con todo, surge un problema aun más profundo, en las relaciones jurídicas que revisten estas características desarrolladas entre un proveedor y un consumidor.

Dado que los contratos suscritos en estos términos tienden a cumplir con los requisitos establecidos para los contratos de adhesión, entendiéndose por tales, de acuerdo a lo establecido en el número 6 del artículo 1° de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor N° 19.496: "Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido".

<sup>8</sup> Álvaro Puelma Accorsi, *Letra de Cambio y Pagaré, Ley 18.092*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 15

<sup>9</sup> Álvaro Puelma Accorsi, *Letra de Cambio y Pagaré, Ley 18.092*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 14

Es más, es en virtud de esta anulación de la voluntad de una de las partes que éste contrato se desarrolla una vez adherido el contratante más débil a la relación contractual, en palabras de Dereux: "Lo mismo el acto por adhesión es la obra exclusiva del que la ofrece al público. Para que entre en vigor, es preciso que sea objeto de una adhesión, libre y consciente como la promulgación de una ley; pero, desde que no se discute la validez de la adhesión, el jurisconsulto puede en cierto modo olvidarla; era necesaria y sin embargo queda como accesorio, y los efectos del acto serán determinados por la voluntad y la personalidad de su solo verdadero autor".<sup>10</sup>

Justamente es éste el problema que nos concierne en el caso en comento, los efectos de la suscripción de la letra de cambio o pagaré en blanco quedarán al arbitrio del proveedor en su calidad de mandatario del consumidor, a quien en momento alguno rendirá cuenta por sus actos, o aprovechará el contrato de mandato suscrito, como ya comentamos en el acápite relativo al contrato de mandato en blanco.

Al aplicar las normas de Protección de los Derechos de los Consumidores en nuestro país, se genera una nulidad aun más clara respecto de la situación descrita con anterioridad, al ampliar el número de normas legales aplicables a la relación jurídica en análisis.

En el derecho español, la validez de esta operatoria ha sido duramente cuestionada desde la perspectiva de los derechos y garantías de los consumidores, por estimar que entraña una vulneración a la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>11</sup>, a la ley de Condiciones Generales de Contratación y a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Asimismo, de acuerdo al derecho chileno tampoco guarda validez esta operación al suscribirse el pagaré o letra de cambio en blanco a modo de caución de una obligación principal, con un proveedor comercial, que por medio de un contrato de adhesión obliga a la parte más débil de la relación contractual a suscribir tanto el pagaré o letra de cambio en blanco, como el mandato especial en blanco para delegar en el proveedor, en calidad de mandatario, las facultades suficientes para determinar el monto a pagar, y suscribir el título en representación del consumidor.

Por lo tanto, y en razón de lo anterior, para dilucidar este problema resulta de suyo necesario aplicar las normas relativas a los contratos de adhesión en nuestra legislación, en particular aquellas que regulan la existencia de cláusulas en blanco.

<sup>10</sup> Dereux, Georges; "Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión"; CL/DOC/629/2010, página 5.

<sup>11</sup> Directiva 93/13/CEE

## Cláusulas inválidas en los contratos de adhesión

Las letras de cambio en blanco y pagaré en blanco llenadas por medio de un mandato en blanco pueden, en virtud de la Ley de Protección de Derechos del Consumidor, ser invalidadas por la aplicación de una serie de causales dependiendo de la forma en la cual han sido incorporadas en el contrato cuestionado.

A saber, es posible distinguir al menos tres formas de incorporación que de manera expresa serían consideradas inválidas por el artículo 16 de la Ley de Protección de Derechos del Consumidor, Ley 19.496.

- a) El mandato en blanco entrega la potestad al proveedor de modificar el precio de la transacción por medio del llenado o suscripción de una letra de cambio o pagaré en blanco.

De tal manera, en directa aplicación del artículo 16 de la Ley N° 19.496: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) **Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su sólo arbitrio el contrato** o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”.

Es posible considerar que la determinación unilateral del precio, elemento de la esencia del contrato de compraventa, por una sola de las partes, realizada a través del llenado de una letra de cambio o pagaré, cuyo monto no era determinado o determinable al momento de su suscripción, por medio de un mandato especial en blanco, contenido en un contrato de adhesión, sería calificable de aquellas cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato, dado que la incorporación del precio en la transacción modifica sustancialmente las obligaciones del consumidor, eliminando su voluntad.

- b) El otorgamiento de la potestad de modificar el precio del bien o servicio mediante el cálculo del llenado de la letra de cambio o pagaré en blanco, por medio del mandato.

Esta hipótesis surge de la interpretación de la letra b del artículo 16 de la Ley N° 19.496: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: b) Establezcan incrementos de precio por servicios accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica.



En el caso en comento los criterios de llenado establecidos en el mandato resultan en mi opinión insuficientes para mantener la validez del precio final establecido en el título de crédito, dado que dicho monto tiende a ser el reflejo de incrementos de precio no consignados en forma específica en el contrato, porque de haber sido determinables al momento de la contratación no nos encontraríamos ante la hipótesis de llenado posterior de títulos de crédito en blanco.

- c) La cláusula en blanco dentro de la letra de cambio o pagaré con la finalidad de que sea simplemente rellena con posterioridad por el proveedor, sin la suscripción de un mandato especial.

Esta cláusula es quizás la que menos dificultad presenta, dado que en la letra de cambio o pagaré se mantiene el espacio en blanco para el llenado posterior de la letra sin inutilizarlo al momento de la suscripción del contrato, en abierta contravención al artículo 16 letra f de la ley del consumidor que indica: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato".

- d) Argumentación genérica basada en la buena fe.

Finalmente, el artículo 16 letra g) deja una puerta abierta para la incorporación de otros argumentos de defensa de los consumidores, en aquellos casos en los cuales la cláusula consignada por el proveedor sea catalogable como "contraria a las exigencias de la buena fe atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato".

## Conclusiones

De tal manera, resulta posible colegir que aquellas letras de cambio o pagarés en los que no se haya consignado debidamente el monto a pagar, en forma determinada o determinable, serían nulos por no cumplir con los requisitos de la esencia del pagaré.

Por otra parte, el mandato especial suscrito para autorizar al proveedor del bien o servicio para llenar el título de crédito, a su vez no sería válido, por no consignar en detalle el negocio encomendado, al entregar un parámetro genérico de llenado, como lo ha entendido la jurisprudencia nacional.

Además, dicho mandato contravendría los requisitos propios del mandato al no ser suscrito para que el mandante obtenga un beneficio, sino que para el sólo beneficio del mandatario.

No podríamos, además, catalogar dicho mandato de instrucciones válidas para el llenado del pagaré de acuerdo a lo planteado por el profesor Puelma, dado que al tratarse de un contrato de adhesión de mandato no existe la igualdad necesaria entre las partes para garantizar la existencia de una instrucción tácita.

Aun es más, cuando comprendemos que es en virtud de la relación de consumo que une a las partes en este caso, no podemos desconocer las normas expresas que restan validez a los mandatos en blanco entregados con la finalidad de llenar pagaré y letra de cambio en blanco. Asimismo, los títulos carecerían de validez por no cumplir con las normas básicas establecidas por el legislador para regular cualquiera relación de consumo.



# El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho

**Carolina Devoto Berriman**

Profesora de Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** desde un punto de vista teórico-práctico, la autora plantea la implementación del método de resolución de casos como una forma de enseñanza del derecho, lo cual lo enfoca, asimismo, como un desafío en la reformulación del actual sistema docente en materia jurídica.

\*\*\*

## I. La enseñanza jurídica en el actual contexto educativo

La educación superior está experimentando profundas transformaciones. Conceptos como calidad, convergencia, comparabilidad de estudios y titulaciones, movilidad, cualificaciones, competencias, aprendizaje a lo largo de la vida, empleabilidad, entre otros, han venido a instalarse con ánimo de permanencia en el contexto educativo mundial.

La creación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), que se consolidó el año 1999 con la Declaración de Bolonia, y la posterior implementación del Proyecto ALFA Tuning Europa y América Latina, tienen como base un modelo educativo por competencias, comenzando a dejar atrás el enfoque tradicional. Centrado en la enseñanza de contenidos como fin último, el modelo educativo tradicional sitúa al estudiante como sujeto pasivo de la enseñanza, más que como un participante activo de su aprendizaje. Por lo mismo, la figura del docente es el eje central en este modelo, protagonista principal, único proveedor de conocimientos y articulador fundamental del proceso educativo.

Para quienes ejercemos docencia en la carrera de Derecho, las ideas anteriormente expuestas nos son muy familiares. Y es que la enseñanza de las ciencias jurídicas es, por esencia, tradicional y conservadora, muy apegada a sus orígenes y en que los cambios y las innovaciones se perciben como conceptos lejanos, más propios de otras ciencias que de la nuestra.

Este nuevo contexto educativo exige llevar a cabo procesos de reflexión y diagnóstico, realizar ajustes, reformulaciones y cambios, a los cuales la enseñanza jurídica no se puede sustraer. Hoy, más que nunca, es necesario preparar a los estudiantes para adaptarse a las necesidades de una sociedad globalizada y en permanente cambio, por una parte, y a los requerimientos de un mercado laboral cada vez más competitivo y especializado, por otra, lo que exige una formación profesional que vincule la educación universitaria con el mundo del trabajo y que conduzca a la adquisición y desarrollo de las habilidades, destrezas y actitudes necesarias para ejercer la profesión (competencias). En definitiva, que la formación profesional comprenda tanto la enseñanza del Derecho como también la preparación de futuros abogados, en tanto desarrollo de competencias específicas para ejercer la profesión.

A su vez, la formación por competencias supone una reformulación de las metodologías docentes, que han de estar basadas en el aprendizaje y ya no sólo en la enseñanza.<sup>1</sup> Como apunta Riesco, su adquisición y desarrollo debe hacerse mediante el ejercicio de metodologías y recursos lo más semejantes a la realidad.<sup>2</sup> Esto implica desplazar el foco desde los contenidos y horas lectivas, propios del modelo educativo tradicional, a la adquisición y desarrollo de competencias por parte de los estudiantes. En definitiva, que las competencias sean los objetivos y los contenidos un medio para desarrollarlas.

En lo que se refiere a nuestra disciplina, desde hace más de medio siglo que se ha venido debatiendo en América Latina acerca de la enseñanza del Derecho, existiendo consenso en que uno de los aspectos que más se ha descuidado en las facultades de nuestra región es precisamente la enseñanza práctica, abrumadoramente sobrepasada por la exposición teórica de contenidos, plasmada en la clase magistral o catedrática.

¿Por qué el predominio de la clase magistral en nuestras aulas?

Simple. Porque se encuentra estrechamente vinculada al sistema jurídico de un país y, consecuentemente, a la forma en que se entiende el Derecho. Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se estructuran en base a un sistema abundante en códigos, leyes y diversas normas jurídicas de distinto rango jerárquico. El Derecho, entonces, se concibe como un conjunto de reglas perfectamente racional, armónico y coherente, pero al mismo tiempo constituye una disciplina congelada, acabada, perfecta, de carácter principalmente dogmático y exegético.<sup>3</sup> Vista así, la enseñanza jurídica pasa a tener un carácter eminentemente descriptivo, realzando la figura del profesor-sabio, que se

<sup>1</sup> DELGADO; BORGE; GARCÍA; OLIVER; SALOMÓN (2006) pp. 34-35.

<sup>2</sup> RIESCO (2008) pp. 79-105.

<sup>3</sup> SERNA (2004), pp. 1047-1082.



supone que todo lo sabe y cuyo foco es lograr la mayor erudición posible de un Derecho que se agota en los textos legales, más que en la realidad social en que se funda y que está llamado a regular.

¿Descartar la clase magistral?

De ninguna forma. Estamos convencidos de que, en un sistema jurídico como el nuestro, como se ha descrito, la clase magistral no puede ser descartada, sino que debe ser adecuadamente complementada con una o más de las metodologías denominadas "activas", esto es, aquellas más centradas en el aprendizaje que en la enseñanza y que, por tanto, contribuyan a la implantación y desarrollo progresivo de aquellas competencias que el alumno deberá desplegar en su futuro ejercicio profesional. Entre ellas, podemos mencionar la resolución de problemas, el análisis crítico, la argumentación, la creatividad, la toma de decisiones, la transferencia de conocimientos teóricos a situaciones reales, entre las más relevantes. Para su desarrollo es fundamental que, además de conocer los contenidos teóricos, el estudiante de Derecho se vea enfrentado, durante su formación, a casos o problemas prácticos de índole jurídica, que lo sitúen frente a un conflicto real, de aquellos que enfrentará en su vida profesional. Lo anterior permite que no sólo se transmita información a los estudiantes, sino además adiestrarlos como futuros abogados. Como bien indica López, el estudiante de Derecho y futuro abogado se enfrentará con problemas singulares, sea que se dedique a la práctica profesional como abogado litigante, sea que le corresponda impartir justicia en la magistratura, sea que se dedique a la administración pública o se dedique al área corporativa. En cualquier área, siempre tendrá que resolver problemas concretos.<sup>4</sup>

Lo que ha venido sucediendo es que, a la tradicional clase magistral de Derecho, se le ha exigido más de lo que naturalmente está llamada a proporcionar: un cúmulo relevante de conocimientos teóricos fundamentales para la formación profesional del futuro abogado, esencial en un sistema jurídico como el nuestro. En efecto, además del logro de estos objetivos proposicionales (entrega de contenidos), se busca por su intermedio la generación de destrezas profesionales; se espera que, de los contenidos expuestos en la clase magistral, el alumno infiera las destrezas (saber hacer) y los valores (saber ser), transformando el discurso académico no sólo en proveedor de información que debe ser recordada, sino, además, de otras clases de aprendizaje que llegarán por añadidura.<sup>5</sup>

El problema, entonces, no está en la metodología en sí misma, sino en el uso que de ella se hace o se ha pretendido hacer, en relación con las competencias cuya adquisición se busca por parte del estudiante.

<sup>4</sup> LÓPEZ (2007) pp. 235-251.

<sup>5</sup> COLOMA (2005) pp. 133-172.

En efecto, aun con sus desventajas, es la clase magistral o expositiva la metodología más eficiente a la hora de entregar y transmitir grandes cantidades de información, en un tiempo reducido y a grupos masivos de alumnos; es la que permite al alumno de Derecho conocer y comprender, con algún grado de integridad, un ordenamiento jurídico abundante en normas y principios. De esta forma, no es efectivo que la clase magistral no sirva dentro de un modelo por competencias. Sirve para lo que está llamada a proporcionar: la adquisición de los conocimientos necesarios para el ejercicio de las demás competencias.

Reiteramos, por tanto: si se trata de enseñar Derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, la clase expositiva no puede ni debe ser desechada. Si hablamos de preparar futuros abogados, implicando esto la adquisición de competencias específicas para el ejercicio profesional, entonces la sola clase magistral se torna insuficiente, debiendo ser complementada con una o más metodologías activas de enseñanza, esto es, aquellas cuyo foco es el aprendizaje del alumno y que suponen un rol activo de éste en su propio proceso de aprendizaje.

## **II. Activando la enseñanza jurídica: el método de resolución de casos**

Generalmente, tratándose de la enseñanza jurídica, se suele aludir, por lo menos, a dos tipos de metodologías, refundidas bajo la denominación genérica de "método de casos". Se trata del método de **análisis de casos**, por una parte, y de **resolución de casos**, por la otra. Si bien ambas son metodologías activas fundamentales para la formación profesional integral de los futuros abogados, sus objetivos, diseño y evaluación son distintos, aunque perfectamente acoplables el uno al otro, como propondremos al final de este acápite.

Cuando hablamos del *método de análisis de caso* nos estamos refiriendo a aquel originario de la Facultad de Derecho de la U. de Harvard a fines del siglo XIX y que todavía predomina en la enseñanza jurídica de dicho país. El método, que surge bajo el decanato de Christopher Columbus Langdell, sugería el estudio del Derecho como una ciencia, objeto de un análisis de carácter inductivo, a partir de fuentes primarias. Y estas fuentes primarias no eran otra cosa que una serie de "casos" o sentencias judiciales cuidadosamente seleccionadas, respecto de las cuales el estudiante debía encontrar los principios y doctrinas subyacentes en éstas. Nace así el "*case method*".

Con la incorporación de esta metodología, el libro de texto se sustituyó por el libro de casos ("*casebook*"), que no es otra cosa que una compilación de las principales sentencias judiciales recaídas en una materia determinada, y la clase magistral fue reemplazada por el método socrático. El énfasis del método

de casos radica en las sentencias concretas, más que en las reglas generales y abstractas del Derecho legislado; en el estudio de fuentes primarias en lugar de manuales doctrinales y en la capacidad de argumentación más que en la simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas.<sup>6</sup> En definitiva, a través de este método, se busca una buena formación metodológica, más que la acumulación memorística de una información enciclopédica de reglas y doctrinas jurídicas. Se sostiene que su objetivo fundamental, incluso, más que conocer los contenidos de soluciones concretas (que pueden variar de uno u otro Estado o de una a otra sentencia), es que los estudiantes aprendan a discernir por sí mismos dónde están los problemas relevantes, cómo surgen y mediante qué procesos se intenta resolverlos.

Los críticos de este método apuntan a su ineficiencia en cuanto al uso del tiempo, pues se consume mucho en el análisis, en desmedro de la entrega de información sustantiva, también necesaria en la formación del estudiante. Pero la principal crítica es contundente: **los clientes no llevan casos resueltos ante sus abogados, sino problemas por resolver.**

Conscientes de esta desventaja, es que las escuelas de Derecho estadounidenses comenzaron a incorporar, paulatinamente, el denominado *método de problemas*. Surgido a mediados del siglo XX en las escuelas de administración de empresas de las universidades norteamericanas, con este método se busca que los estudiantes trabajen en la solución de problemas específicamente diseñados como instrumentos de enseñanza, lo cual los conduce a sus propias soluciones y no al estudio de las soluciones ya encontradas por otros y plasmadas en las sentencias judiciales. La doctrina especializada habla indistintamente de "caso" o "problema", para significar aquello que el alumno debe resolver. En nuestra opinión, ello ha llevado a confusiones conceptuales, por lo que hemos optado por denominarlo "*método de resolución de casos*", enfatizando así su objetivo, esto es, que sea el alumno quien proponga una solución al caso planteado, a diferencia del primero, que persigue el análisis de un caso ya resuelto por los tribunales.

El diseño de un "buen problema", desde el punto de vista pedagógico, resulta esencial para el éxito de este método. Es así como el profesor debe tener la habilidad para construir, a partir de situaciones reales o hipotéticas, problemas que no sólo constituyan un desafío intelectual, sino que consigan, con su resolución, el aprendizaje según los objetivos trazados por el docente, en función del programa de asignatura y su tributación al perfil de egreso definido previamente por la Facultad. Nathanson, citado por Serna, define el *problema*, para efectos de este método, como un conjunto de hechos con el cual los estudiantes trabajan cuando simulan hacer lo que los abogados hacen en la práctica y, luego, identifica las principales características del buen problema:

<sup>6</sup> PÉREZ (1992) pp. 41-93.

- Fáciles de comprender, bien escritos y de fácil lectura. Lo anterior implica el uso de frases cortas y precisas, evitando inconsistencias que puedan confundir o generar desconfianza en el alumno. Agregamos nosotros que esto no significa, necesariamente, que sean fáciles de resolver.
- Realistas. Esto alude a que asemejen un escenario de la vida real, posibles de ocurrir y enfrentar en la vida profesional. Al mismo tiempo deben ser minimalistas, esto es, que un mismo caso no persiga demasiados objetivos de enseñanza, por una parte, y que el detalle de datos y antecedentes sea mínimo, por la otra.
- Relevantes. Que el alumno perciba que está resolviendo un problema importante desde el punto de vista jurídico, que se vincula con su futura práctica profesional.
- Coherentes con los objetivos de enseñanza. Uno de los desafíos que presenta este método es que su utilización sea consistente con los objetivos de enseñanza planteados por el programa de asignatura y el propio docente.
- Similares, pero diferentes. Esto implica que los problemas que resuelvan los alumnos deben tener un parecido unos con otros, de forma tal de favorecer la transferencia del aprendizaje, permitiéndoles aplicar lo que se ha aprendido en una situación, a otra situación nueva. Esto se puede lograr a través del empleo de un mismo formato para plantear problemas diferentes.
- Desafiantes. Los problemas deben ser novedosos, generar curiosidad y su resolución debe ser un verdadero reto para los estudiantes.<sup>7</sup>

En lo tocante a su implementación en aula, ésta es relativamente simple, una vez que se ha diseñado un buen problema, claro está. Agregamos en este punto la conveniencia de que, al caso, se anexasen preguntas que sirvan de guía para su resolución.

Aunque esta metodología se puede utilizar para un trabajo individual, es altamente recomendable que los alumnos trabajen en grupo, permitiendo así la discusión, análisis y toma de decisiones en equipo. Además, la labor del docente se facilita, al tener que diseñar un menor número de "buenos problemas", con equivalente nivel de complejidad. En una misma sesión todos los grupos deben resolver el mismo caso, de acuerdo a los contenidos temáticos que se pretende abordar, lo que permite la elaboración de conclusiones finales sobre el tema, cerrando adecuadamente el proceso.

<sup>7</sup> SERNA (2004) p.1065.

Para comenzar, el problema debe ser entregado por escrito a los alumnos, junto a una pauta que sirva de guía para su resolución. Esta pauta es especialmente importante cuando el alumno está comenzando a resolver casos, pues lo orienta en el proceso. Más adelante, éste tenderá a ser más mecánico. Esta pauta, en nuestra opinión, debiera considerar los siguientes elementos a identificar por los estudiantes:

- Sujetos involucrados en el problema.
- Hechos que le dan origen.
- Conflicto(s) a resolver (primarios y secundarios).
- Instituciones jurídicas posibles de identificar en el problema.
- Normas jurídicas que se utilizarán en su resolución.
- Solución a las preguntas que el caso plantea.

Si bien la anticipación con que se entregue el problema es variable, de acuerdo a su complejidad y el fin que se persigue en su utilización (como actividad de enseñanza o como forma de evaluación), se sugiere que el profesor se asegure de que el tiempo de que dispondrán los alumnos para el análisis y resolución del problema sea suficiente para fundamentar adecuadamente sus soluciones o respuestas. En este sentido, el profesor debe cerciorarse que los alumnos cuentan con los contenidos teóricos necesarios para resolver adecuadamente el caso. Lo anterior a través de una o más clases expositivas o mediante la preparación de material de lectura. En este último caso, es recomendable evaluar previamente dichos contenidos, a través de algún medio de control definido por el profesor.

También resulta altamente aconsejable en la aplicación de este método la realización de una sesión plenaria final, a objeto que se expongan y discutan las soluciones de los distintos grupos al caso sometido a resolución. Para esto se pueden utilizar como guía las mismas preguntas incorporadas al caso y, a partir de cada respuesta, el docente solicita al resto de los alumnos que la comenten o complementen.

En cuanto a su evaluación, lo que caracteriza a este tipo de metodologías es su dificultad para evaluarlas, pues intencionan el desarrollo de varias competencias a la vez, varias de ellas difíciles de pesquisar. Para facilitar el proceso, es fundamental contar con una pauta de evaluación, previamente conocida por los alumnos, con criterios e indicadores que permitan medir el cumplimiento de los objetivos específicos que se persigue lograr con el análisis de la sentencia.



Finalmente, reconocemos que la actividad docente es (o debiera ser) esencialmente flexible, exigiendo una adaptación permanente al contexto específico en que se desarrolla. De esta forma, el tipo de institución, número de alumnos por curso, nivel dentro de la carrera, entre varios otros, son factores que influyen directamente en la estrategia metodológica que se diseñe e implemente. Si bien el método de resolución de casos efectivamente acerca más al estudiante de Derecho a su futuro ejercicio profesional, también exige unos conocimientos previos que hacen difícil (aunque no totalmente imposible) su aplicación en los primeros años de la carrera. Por ello, es probable que se logre un mejor aprovechamiento de sus ventajas en niveles superiores, en que los cursos cuentan con menos cantidad de alumnos y en que, a la vez, los estudiantes son más maduros intelectualmente, poseen un mayor cúmulo de conocimientos en diversas áreas del Derecho y debieran estar mejor preparados para asumir la variedad de tareas "extra" que una metodología activa como ésta exige.

Siendo así, el acople con el método de análisis de casos es muy recomendable, enfatizando su aplicación en los primeros niveles de la carrera (primer y segundo año). De esta forma, habiendo analizado el proceso que lleva a cabo el Tribunal para resolver un determinado conflicto, el razonamiento que despliega y la resolución que definitivamente toma, el estudiante queda mejor preparado para resolver por sí mismo un caso, en los niveles superiores de la carrera, una vez que cuente con un acervo mínimo de conocimientos que le permitan llevar a cabo esta tarea exitosamente. Además, la utilización de este método desde el inicio de su formación posibilita el desarrollo de habilidades necesarias para el estudio mismo de la carrera, como la capacidad de resumir y organizar información, gestionar recursos informáticos, comprensión lectora, análisis, síntesis, inducción, etc., y permite al alumno constatar cómo los tribunales aplican el Derecho, lo que contribuye a que encuentren sentido y utilidad a lo que estudian.

### III. Conclusiones

Teniendo como premisa fundamental que la clase magistral no debe ser desechada de la enseñanza del Derecho, por las razones indicadas precedentemente, estamos convencidos de que su complementación con metodologías activas, que intencionen la adquisición de las competencias necesarias para ejercer la profesión de abogado en los tiempos que corren, permite lograr dos objetivos:

- Enriquecer la educación formativa de los alumnos de Derecho.
- Acercar la enseñanza jurídica a un modelo educativo basado en competencias, insertándola así al actual contexto de la educación superior.

Una metodología mixta permite entregar a los estudiantes los conocimientos teóricos suficientes en un tiempo siempre reducido (saberes), por una parte, y, por la otra, enfrentarlos, durante su formación profesional, a analizar casos, resolver problemas, buscar soluciones, en fin, poner en práctica y aplicar dichos conocimientos a situaciones concretas (saber hacer), todo ello enmarcado en un estilo de actuación, con compromisos personales basados en ciertos valores y actitudes hacia el trabajo (saber ser).

Transmitir información (normas, doctrina, decisiones judiciales) previamente sistematizada y controlar su retención por parte de los alumnos es sólo una parte de la enseñanza del Derecho. La otra es preparar al estudiante en el presente para ejercer su profesión en el futuro. Es comprender que el abogado siempre deberá participar de la resolución de problemas, sea directa o indirectamente, deberá efectuar análisis críticos, argumentar, tomar decisiones, transferir conceptos teóricos a la práctica, tener excelentes habilidades comunicacionales, tanto orales como escritas, y capacidad de gestión de recursos informáticos, entre varias otras exigencias. Es entender que es la Facultad de Derecho el lugar donde deben definirse las competencias y gestarse las metodologías que formarán parte del proceso de enseñanza aprendizaje, con miras a la adquisición de los conocimientos, habilidades y actitudes necesarios para que el estudiante enfrente con éxito las exigencias del mercado laboral que lo recibirá al obtener su titulación.

En definitiva, asumir que sólo una reformulación metodológica permitirá que enseñar Derecho y preparar futuros abogados sean, ambos, la misión de toda Facultad de Derecho, en una relación de eficiente complementariedad. Y complementarias también, entonces, deben ser las metodologías utilizadas en la enseñanza y formación de los futuros abogados de nuestro país.

## Bibliografía

DELGADO, Ana; BORGE, Rosa; GARCÍA, Jordi; OLIVER, Rafael; SALOMÓN, Lourdes (2006): *Evaluación de las Competencias en el Espacio Europeo de Educación Superior. Una experiencia desde el Derecho y la Ciencia Política* (Barcelona, Editorial J.M. Bosch Editor).

RIESCO, Manuel (2008): "El Enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones en la enseñanza y el aprendizaje", en *Tendencias Pedagógicas* (Departamento de Didáctica y Teoría de la Educación de la Universidad Autónoma de Madrid), Vol. N° 13: pp. 79-105.

SERNA, José María (2004): "Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (Nueva serie), año XXXVII, Vol. N° 111: pp. 1047-1082.

LÓPEZ, Miguel (2007): "Otro punto de vista sobre la enseñanza-aprendizaje del derecho en México", en CIENFUEGOS SALGADO, David; MACÍAS VÁSQUEZ, María (Coords.), *Estudios en*

*homenaje a Marcia Muñoz del Alba Medrano. La enseñanza del Derecho* (México, Universidad Autónoma de México), pp. 235-251.

COLOMA, Rodrigo (2005): "El ocaso del Profesor Binns: un ensayo acerca de la enseñanza del Derecho en Chile", en *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), Vol. 11 N° 1: pp. 133-172.

PÉREZ, Juan (1992): "La enseñanza del Derecho en Estados Unidos", en *La Filosofía del Derecho en EE.UU: Problemas actuales*, N° 12: pp. 41-93.

# **Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos**

**Jorge Luis Varela del Solar**

Master y Doctor en Derecho Ambiental  
Director académico postítulo Derecho Ambiental  
Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo

**Resumen:** De manera escueta se examinan las bases científicas que vinculan el medio ambiente o la contaminación natural con energía. Con ello, a su vez, se explica la intersección entre agenda ambiental y agenda energética en el mundo (de la política pública, de las ciencias y del derecho).

Esta relación estrecha es la que explica las estrategias comparadas, entre los planes de políticas públicas, tanto en materia ambiental como en la energética, en el mundo actual, especialmente en las naciones miembros de OCDE.

En nuestro país, desde el año 1994 comienza a implementarse una nueva normativa ambiental (meramente formal y no sustantiva), la que nunca ha conllevado una aplicación y ejecución de normativas del derecho ambiental sustantivo, y, menos aún, ha conducido a desarrollar una política ambiental, uniforme integrada y consistente, que sea capaz de informar los marcos regulatorios y las políticas públicas nacionales.

Esto es lo que el artículo pretende dejar en evidencia. Que no existe política energética sólida si no se consolida previamente una ambiental, con arreglo a las instituciones internacionales de que somos miembros y a los tratados internacionales de que somos parte.

\*\*\*

## **1. Objetivo de esta monografía**

En este texto se procura revisar (tan solo indagada en la superficie) los fundamentos científicos que inseparablemente vinculan ambiente (contaminación natural) con energía y, también, ecología con energía. Ello, a su vez, explica la intersección entre agenda ambiental y agenda energética en el mundo (de la política pública, de las ciencias y del derecho).

Por su parte, tal relación estrecha es la que explica las estrategias comparadas, entre los planes de políticas estatales y públicas, tanto en materia ambiental como en la energética, en el mundo actual, de aquellos países que cabalmente asimilan esta relación y que utilizan los instrumentos preventivos del derecho ambiental sustantivo (único y verdadero derecho ambiental), para balancear objetivos de política pública, entre fines ambientales y fines energéticos.

En nuestro medio nacional, desde el año 1994, en que comienza a implementarse la nueva normativa ambiental (meramente formal y no sustantiva), jamás hasta ahora ha habido aplicación y ejecución normativa del derecho ambiental (como lo entiende el derecho ambiental sustantivo comparado) y, menos aún, política ambiental definida, uniforme, global y consistente, capaz de informar e inspirar los marcos regulatorios y las políticas públicas nacionales.

Solamente como producto de las reformas ambiental, institucional y normativa, que se iniciaran en enero del 2010, se contempla un solo nuevo y auténtico instrumento que da simetría a la compleja relación energía-ambiente.

Aquél se denomina evaluación ambiental estratégica (EAE). Esta plataforma de política pública y de regionalización es la que posibilitará, dentro de poco, (según esperamos) un análisis coherente, entre ambas agendas (a la luz de un instrumento del derecho ambiental real) y hará que carezca de sentido la aplicación de políticas energéticas que apunten a ser consistentes, regionales y sustentables, sin que exista una mirada y un análisis a la crisis ambiental, sus causas y remedios, a través de las metas integrales de sustentabilidad.

Sin una rápida revisión de las nociones fundamentales de la relación entre ambiente y energía, este texto y la interacción de estas dos carecen de solidez explicativa.

## **2.Desorden de prioridades y jerarquías**

Vivimos hoy en un mundo que propone inexorablemente una coyuntura artificial; esto es, se genera una dicotomía falsa que sostiene que crecemos económicamente o protegemos nuestro ambiente vital. Esto se deriva únicamente del desorden ético, de prioridades y jerarquías.

No hay país que se encuentre inmune a tal dilema artificial, pero existen algunos en que éste es más fuerte que en otros. Sugerimos acá que las crisis ambiental y ecológica del planeta son una consecuencia del desorden jerárquico de las necesidades de la humanidad.

El planeta está en el ojo del huracán, en materia de desarrollo sostenible y sostenibilidad de sus recursos naturales, así como de crisis en utilización diversificada



de fuentes energéticas. Pero este es un huracán mucho más violento que el peor de aquellos de la temporada anual del Caribe, de los que se originan en la costa noroeste de África, por cuanto éstos ganan y pierden fuerza energética, dependiendo de la extensión e intensidad de las corrientes termohalinas.

El macrohuracán de jerarquías que afecta al planeta, en cambio, lo hace sucumbir progresivamente a éste, debido a que los geosignos de su deterioro no son debidamente comprendidos aun, por la comunidad científica, (la que dista mucho de tener unanimidad en las causas de la degradación) ni aun oportuna y adecuadamente asimilados por las comunidades jurídica, política y económica del mundo.

La máxima que se aplica para justificar la urgencia en la necesidad de adoptar medidas pilares y alterar la forma regular de "hacer negocios", reconociendo que existe una grave crisis de los recursos naturales, sin saber exactamente la dimensión y la profundidad de tal crisis, ha de ser la siguiente: "la evidencia de ausencia no es ausencia de evidencia", ello, en cuanto a las pruebas tangibles de los efectos vitales para las vidas humana y animal de los procesos de degradación ambiental.

Tal aforismo significa que para adoptar criterios precautorios y preventivos no se exige evidencia científica, dado que ésta es imposible de obtener, en cualquier área del conocimiento.

En efecto, la comunidad científica del planeta no puede aún probar ni menos cuantificar cuánto del comportamiento humano reprochable es el responsable por el deterioro de los recursos naturales y cuánto porcentaje de ello es imputable a los fenómenos naturales de modificación sistémica y cíclica del globo terráqueo, como cuerpo dinámico, lo cual ha ocurrido en éste, periódicamente, durante cuatro mil quinientos millones de años, y, con fuerza, desde el enfriamiento de los gases del planeta y la formación de los océanos, que son los que alteran las temperaturas del globo.

Estos fenómenos naturales (que se denominan homeostáticos) han sido cíclicos y relativamente uniformes, por lo que el hombre solamente puede aspirar a cuantificar (como evidencia) el "delta" de los cambios o alteraciones empíricas, que tienen y se sabe que tienen una causa antropogénica (o generada por las actividades del hombre).

De una u otra manera, dado que la evidencia de ausencia no es ausencia de evidencia, nuestra generación no tiene tiempo ni ética para la espera. Debemos seguir actuando rápidamente para la readecuación de tecnologías y hábitos hacia fuentes energéticas que colaboren a la sustentabilidad y la integración de las políticas públicas y menos con la depredación en el corto plazo. Solamente

las nuevas fuentes de energía renovables atípicas son consistentes y compatibles con la sustentabilidad o sostenibilidad (su nombre varía dependiendo si su costo de sustitución y su valor económico han sido o no incorporados en las cuentas nacionales económicas).

Asistimos en el presente a un desorden vital de prioridades y jerarquías en el mundo, donde la salud del planeta y la vida de los seres humanos parecieran ser elementos inconexos. Muy por el contrario, ésta depende de aquélla. Así como Einstein definía la locura, diciendo que es intentar realizar cien veces un mismo experimento, bajo idénticas condiciones, esperando las cien veces un resultado diferente, los habitantes actuales de nuestro planeta esperan y confían en que los geosignos o manifestaciones externas de violencia natural de la tierra (sequías, desertificación, terremotos, erosión, derretimientos, tormentas violentas, tornados, huracanes, extinción de especies y tantos otros) evolucionen hacia la normalidad sin costo alguno en los hábitos de la especie humana.

El cambio o alteración de la forma de producir y generar, aprovechar y distribuir la energía que los habitantes del planeta requieren es una expresión de la comprensión de este mensaje.

Lo que se demuestra con fuerza creciente es que el cambio necesario de conductas y de hábitos (especialmente industrial y empresarial), constituye la única modalidad factible de restaurar las jerarquías naturales de la "ética y lógica planetarias" perdidas en algún momento cercano y posterior a la revolución industrial.

Probablemente la sostenibilidad energética sea la forma más nítida, simple y cuantificable (sustentabilidad) de reducir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, dado que la energía, de suyo es una forma natural de contaminación (cualquiera que sea su fuente de generación) y por ende es el único caso de círculo autogenerativo o de autosostenibilidad.

En efecto, las formas atípicas o inconventionales de energía constituyen las únicas formas conocidas por el hombre (y accesibles a él) de manipular humanamente la contaminación naturalmente generada (por la naturaleza).

Es la única fórmula a través de la cual se reconoce que los masivos procesos geológicos de generación de energía (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos orográficos e hidrográficos, tornados, huracanes, erosiones y toda otra fuente fenomenal de liberación de energía natural) son también generadores y productores de contaminación natural masificada. Tal contaminación natural es la que el planeta necesita, en sus procesos de evolución, y "naturalmente" absorbe.

De lo anterior se deduce que la única forma por la cual el hombre podrá controlar y reducir su contaminación artificial o antrópica (generada por actos humanos) es a través del aprovechamiento de la contaminación natural, esto es, de la utilización de la energía natural o contaminación geológica. Esto es lo que se conoce regularmente como fuentes no convencionales de energía. Tenemos a nuestro alcance la solución natural (que viene en la fábrica autorrecuperativa y autogeneradora del planeta), pero no somos capaces de verla frente a nuestros ojos, diseñando vehículos que violentan la naturaleza. En lenguaje de la vida cotidiana, esto es igual de absurdo que intentar restaurar o reparar un mueble con una herramienta diferente de aquella que viene de fábrica para su restauración.

En las fuentes energéticas tiene el planeta las herramientas diseñadas, por este mismo, para su restauración y rescate. La contaminación natural es la herramienta para restaurar la contaminación generada por el ser humano. Esto es lo que denominamos autosostenibilidad. Procesos y sistemas integrados y preventivos de gestión ambiental, tales como la ecología industrial o la valoración económica de la diversidad biológica y de los recursos genéticos, están basados en esta premisa. También lo están los sistemas de certificación sociales, tales como la responsabilidad social corporativa o empresarial y su código de conductas ISO 26.000.

### **3. Sustentabilidad económica y sostenibilidad ambiental: Autosostenibilidad y seguridad energética**

Basado en lo antes dicho, el derecho ambiental y de los recursos naturales (como instrumento social creado por el ser humano, en sociedad) nacieron para proporcionar herramientas y mecanismos factibles y practicables, que permitan restablecer el equilibrio extraviado (derivado de la contaminación antropogénica), al que antes nos referimos, a través de la conciliación y compatibilidad entre las leyes humanas y las naturales. De allí que la labor de recuperación y el camino hacia la autosostenibilidad deban ser realizados por la sumatoria de las ciencias del hombre (naturales, exactas, económicas y sociales).

La sostenibilidad ambiental se logra por el aprovechamiento natural y equilibrado de los recursos naturales (de los que se genera la energía), estresándolos en la medida que naturalmente pueden restaurarse o resarcirse, lo cual es conocido como MSY<sup>1</sup>, o, en otras palabras, hasta donde existan sumideros naturales<sup>2</sup> que capturen "natural y no artificialmente" los procesos de contaminación (lo que

<sup>1</sup> Por su acrónimo en inglés "Maximum sustainable yield".

<sup>2</sup> Los sumideros naturales, destinados a autogenerar procesos de equilibrio homeostático o absorber más contaminación natural o energía de la que el planeta libera y tolera, más importantes del globo son los bosques, a través de la fotosíntesis, y los océanos, a través de la evaporación y del ciclo del agua.

debe transformarse en energía) del planeta. Es esto hacia donde la tecnología debe apuntar. Los sumideros captadores y transformadores de contaminación natural (de los cuales los suelos, los bosques y los océanos son los más gigantes y ricos) son los que deben ser aprovechados, siguiendo el mismo ciclo y poniendo la debida atención a los signos que la naturaleza nos regala.

En suma, lo que las leyes del hombre deben hacer es prestar detallada atención a las leyes de la naturaleza. Cuando éstas son violentadas, hay insostenibilidad y por ello riesgos, degradación, inseguridad y pobreza.

Si las reglas de la observación y del seguimiento natural (en lo que se basa la ecología industrial, como más adelante se indica) de la vida en el planeta y de sus fenómenos geológicos de eliminación del estrés natural se incorporan en las cuentas nacionales económicas, en políticas públicas y en la macropolítica ambiental del país (a través de la existencia de sistemas de macroevaluación ambiental estratégica y de renovación global hacia una matriz de energía atípica), nos encontramos en presencia de la sustentabilidad, toda vez que la sostenibilidad tiene un correlato numérico y econométrico de evaluación o tasación. Se sabe lo que y cuánto se contamina artificialmente, hasta los límites que el planeta no puede autocorregir.

La sostenibilidad así se hace tangible y perceptible, lo cual es la única fórmula que otorga la convicción irrefutable, que el industrial o empresario necesita tener, para mostrárselo y demostrárselo que contaminar es ineficiente y caro, y que lo es 30 veces más que impedirla o prevenirla, con instrumentos de gestión<sup>3</sup>. De ello hay sobrada evidencia empírica en los ámbitos nacional y sectorial.

La sostenibilidad ambiental y la sustentabilidad económica son las que conducen a la autosostenibilidad, antes expuesta.

*Este es el único ciclo (regular y natural) que habrá de llevar a los países por la senda de la seguridad energética, que es el componente de la seguridad nacional o supranacional más relevante del siglo XXI. No hay seguridad global de los países (ni interna ni externa) sin seguridad del capital natural (incluyendo el uso sostenible del suelo, del agua y del aire) y de su renovación energética.*

#### **4. Confrontación Este-Oeste (Guerra Fría-Cold War)**

Todo lo anterior es lo que nos conduce a explicar la modificación sustancial de "issues" o preocupaciones mundiales y de ejes geográficos, que generan confrontaciones en los bloques de las superpotencias.

<sup>3</sup> Única expresión, auténtica y eficaz de derecho ambiental sustantivo.

Así, la confrontación de los 40 años de la guerra fría fue un conflicto geográfico y de hegemonía transversal geopolítica. La pugna, en efecto, era Este-Oeste y en el hemisferio norte, por razones geopolíticas y de hegemonía militar (especialmente nuclear). Gorbachev, Ronald Reagan y el Papa Juan Pablo II fueron actores históricos primarios y determinantes para poner fin a la Guerra Fría. Ellos desencadenaron los masivos movimientos independentistas y libertarios que culminaron en el derribamiento del muro de Berlín, en diciembre de 1989, y pudieron incluso más, para derrumbar el imperio soviético, que el programa Strategic Defense Initiative (SDI) o Star Wars del Pentágono impulsara, sin que misil alguno fuera disparado.

Esta fue una lucha hegemónica por la división entre dos mundos diversos y edificados sobre principios sociales, económicos, políticos y religiosos cabalmente antagónicos. Esta disputa es la que hace emerger, durante el período temprano de la post segunda guerra mundial, las manifestaciones tempranas de la defensa de los derechos humanos (1948 en adelante).

Tal dialéctica en las relaciones mundiales da paso y es sustituida, debido a la caída de las causas que generaron y mantuvieron la tensión de la Guerra Fría, por las grandes preocupaciones que comienzan a germinar, temprano en la década del 90. Es la comunidad internacional la que fuerza esa sustitución, por la advertencia de que las prioridades mundiales se desplazan de un foco a otro. A esto nos referiremos a continuación.

## **5. Confrontación Norte-Sur (Guerra Caliente-Hot War)**

En efecto, la agenda prioritaria no se altera por una decisión política (más bien los visionarios antes nombrados la aceptan, la precipitan e interpretan), sino que por un clamor popular. Hacia comienzos de la década del 90, tanto en el seno de organizaciones mundiales (políticas y económicas), como la ONU o el Banco Mundial y en el de las organizaciones regionales, típicamente de agenda y de confrontación o entendimiento Norte-Sur, como la OEA, el eje de las discusiones comienza a alterarse.

La dialéctica de interacción del Norte con el Sur comienza a liderar un diálogo de recriminación recíproca, por lo que se empieza a identificar la nueva tensión vertical (opuesta a la transversal de la Guerra Fría) que está basada en la evidencia abrumadora de la degradación ambiental y de la crisis de los recursos naturales, que a su vez escala la pobreza hacia niveles insostenibles. Nace la Guerra Caliente, por los recursos naturales escasos (aire, suelo, agua y diversidad biológica) y por la identificación de las causas de su deterioro progresivo e irreversible.



El fundamento de la tensión es visible. Aproximadamente el 70% de la riqueza del mundo (países con mayor PIB o GDP) se encuentra en el hemisferio norte; el 30% de esos países se halla en el hemisferio sur. Casi en un contraste matemático y sarcástico entre riqueza antropogénica y riqueza natural, el 70% de la riqueza de capital natural o recursos naturales se encuentra en el hemisferio sur y el 30% de ella en el hemisferio norte.

No obstante que esto no es estático, sí es una realidad empíricamente verificable. Serios estudios (norteamericanos y europeos) sociológicos, antropológicos y psicológicos acusan una relación causal directa entre estos fenómenos con las condiciones climáticas del planeta y sus zonas geográficas de temperaturas y luz solar. En este factor, los desplazamientos de centros estables como los polos y el ecuador también han contribuido a alterar estos patrones, pero sigue ello, siendo científicamente acertado, en términos globales.

Es más fácil así comprender, entonces, por qué la recriminación recíproca (de la Guerra Caliente) entre Norte y Sur es muy fuerte, especialmente cuando en el seno de organizaciones interregionales como la OEA se confrontan gigantes como los Estados Unidos, por un lado, y Brasil, por el otro, en referencia a las causas o generadores de la degradación ambiental y de los recursos naturales.

En términos generales (dado que esto rebasa los fines de este texto), el Sur imputa al Norte, como causa de la degradación y depreciación de tales recursos, un consistente y casi ininterrumpido patrón de irracionalidad e insostenibilidad de producción y consumo; el Norte, en cambio, vincula dicho deterioro a la presión ilegítima de los recursos naturales vulnerables (del hemisferio sur) con un factor demográfico. Es decir, el exceso de población ha ejercido una presión irracional sobre los recursos, aumentando la pobreza, que es lo que inicia el círculo vicioso cerrado: la pobreza genera contaminación y la contaminación genera pobreza.

Pero esta es la dialéctica o dinámica de las causas de la degradación ambiental del planeta, según se imputan recíprocamente el Norte y el Sur, en la nueva Guerra Caliente. La alerta relativamente temprana de esta situación, desgraciadamente, fue incapaz de remover la miopía de los países, por no haber iniciado una ruta decidida hacia la diversidad de las fuentes energéticas mundiales. No se percibe entonces (y muchos países aún no lo reconocen) el vínculo inmediato entre deterioro ambiental, crisis energética y cambio climático.

La inacción, de costo tan elevado para el globo, se mantiene hasta finales de la década del noventa y comienzos del nuevo milenio, cuando países más previsores comienzan tal diálogo e inversión. Otros, como Chile, donde normalmente el reino de la improvisación es el que impera, no se percatan hasta

comenzando el segundo lustro del milenio de que la dependencia energética total y la carencia de macropolíticas diversificadas (así como las carentes de la protección activa de los recursos naturales) han de cobrar una cuenta muy cara y de daño irreversible.

La Guerra Caliente ha llegado a tal punto de fricción que hoy es difícil distinguir, en sus causas y efectos, algunas guerras religiosas frente a las de disputas por recursos naturales escasos y fuentes inconvencionales de energía (tales como la que motivara la reciente invasión de Rusia a Georgia).

Es en este frágil contexto mundial que los países recién comienzan a examinar someramente lo que ellos están haciendo para revertir la crisis energético-ecológica y cuáles son los más relevantes instrumentos preventivos de gestión ambiental, compatibles y consistentes con el desarrollo energético limpio y con políticas públicas realistas y eficientes, que permitan atenuar la fricción internacional en la materia.

## **6. Nociones científicas básicas y síntesis científica explicativa de crisis ambiental actual**

Como fue necesario enunciar el escenario geopolítico actual, en la confrontación por los recursos naturales escasos también es conveniente escuetamente repasar algunas nociones científicas que dan cuenta del cambio climático, de la crisis energética y de la liberación extraordinaria de energía-contaminación natural del planeta, de que la civilización actual debiera echar mano e investigar científicamente, sin que se alteren los procesos homeostáticos o naturales; esto es, sin afectar los ciclos naturales del planeta.

La historia de la Tierra es una evolución de la historia de los gases, de la contaminación y de la energía. Los científicos estiman que la Tierra tiene 4.500 millones de años de existencia, con una formación tardía (como planeta nuevo) en nuestra galaxia, también relativamente joven.

Estiman también los científicos que muy pocos cambios dramáticos hubo, durante sus primeros mil millones de años.

Sin embargo, hace 3,500 millones de años, comenzó a gestarse la contaminación masiva, la energía y su liberación, al liquidificarse la corteza oceánica de granito<sup>4</sup>, que crea los océanos y los protocontinentes. Eso se habría producido, indican los geoquímicos, geomorfológicos y oceanógrafos, por la dispersión de

<sup>4</sup> Hasta entonces sólida, a la que había pasado desde su estado gasífero, a su vez, al enfriar su fricción, por su gestación y conformación.

los átomos de oxígeno, gestándose así los océanos y la capa atmosférica que envuelve al planeta. Este es el fenómeno unívoco que hace al planeta habitable y mantiene las temperaturas relativamente estables, en el presente.

Como consecuencia de ello, aparece la vida (condiciones incipientes similares a las que la NASA investiga actualmente en Marte, a través de sus robots satelidirigidos, Pathfinder y Phoenix Lander) en el planeta. Ello da lugar a la aparición de las rocas y de los estromatolitos, lo cual da lugar al nacimiento de las primeras bacterias (algas bacteriales) y capas de microorganismos que tienen una doble función: consumen luz solar y emiten energía contaminación natural.

Esta es la más remota evidencia (dentro del planeta) de biota que genera energía. Esto es lo que, indican los biólogos-ecólogos, constituye el factor indiciario del vínculo directo entre vida, contaminación natural y energía, como conceptos sinónimos e integrados. En terminología actual, podríamos agregar, es el primer indicio inseparable de vida, energía y contaminación vital-natural.

Lo anterior es lo que hace que expresiones normativas tales como "asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" sean tan utópicamente absurdas como indeseables. Sin contaminación, no hay energía (de fuente natural).

La comunidad científica internacional continúa descubriendo electromatolitos y estromatolitos fosilizados en lugares tan remotos entre sí como los Polos, Sudáfrica y Australia. Esos son los ancestros de la vida en el planeta y, por ende, los primeros vestigios de energía natural en la tierra. Su evidencia científica es tan extraordinariamente sofisticada y remota, que va mucho más allá del magnetismo fósil y del calendario atómico, utilizados por los arqueólogos para medir la desintegración de las sustancias radiactivas.

Las primeras expresiones de vida y, por ende, de energía natural, comienzan a nacer cuando la atmósfera empieza a llenarse de oxígeno, debido al bombeo oxigenado producido por la reacción de los electromatolitos (energía vital). Este fenómeno crea las algas, que convierten la luz solar en oxígeno (fenómeno de fotosíntesis), así como las algas marinas y las bacterias, que son las primeras fuentes vivas o biota primigenia del planeta.

Avanzando unos dos mil millones de años hacia el presente, comienzan procesos gigantescos de liberación de estrés energético, con la tectónica de placas, donde se forman masivamente nuevas cortezas oceánicas.

Los geomorfólogos están casi ciertos de que hace 500 millones de años el planeta sufrió un masivo efecto invernadero, lo cual provocó, primero, un calentamiento y luego un congelamiento del mismo, siguiendo el ciclo invernadero.

Esto es lo que la ciencia conoce como el período de la explosión cámbrica, que generó un cambio climático muy violento, con grandes fenómenos de liberación de energía tectónica, como todo período de cambio climático produce. La explosión cámbrica fue inmensamente más radical que aquella que en el presente se le imputa al planeta, como alteraciones climáticas de fuente antrópica (humana) u homeostática (natural).

Los cambios climáticos masivos y liberadores de energía del globo se producen en largos períodos de tiempo. Durante la explosión cámbrica existe evidencia de que el dióxido de carbono (el más importante de los gases de efecto invernadero) aumentó en un 500%, en un período registrado de 180 millones de años.

Como consecuencia de este fenómeno, se creó mucho más oxígeno en el planeta. A mayor cantidad de oxígeno, existe también mayor cantidad de energía liberada, potencialmente. Desde aquel entonces es que el nivel de oxígeno se encuentra estabilizado en el globo. También producto de la explosión cámbrica es que surge la capa de ozono positiva o estratosférica (segunda de las capas atmosféricas, entre la tropósfera y la mesósfera), debido a que se dispara el nivel de oxígeno.

Siguiendo con la línea del tiempo y acercándonos algo más al presente geológico, los científicos han detectado que existió una nueva fase masiva y continuada de liberación energética (esto es, de contaminación natural).

En efecto, violentas erupciones volcánicas submarinas resultaron en las divisiones y fisuras del hasta entonces megacontinente Pangea, hacia la formación de las nuevas masas y separaciones continentales, casi idénticas a las que se conocen hoy. La existencia de masivas formaciones geológicas de metales pesados y diamantes submarinos da cuenta de este fenómeno, según los científicos. Ello también es expresión masiva de contaminación natural, controlada y autogenerada.

No existía, entonces, población humana, y por ende el planeta gozaba de sus instrumentos correctivos naturales, intactos y no saturados, donde lo generado es aprovechado y absorbido, en una dinámica perpetua y perfecta.

También, para ser justo con una parte muy relevante de la comunidad científica mundial, hay que decir que ésta está convencida de que la habitabilidad del planeta tiene una relación directa con la energía liberada por las placas tectónicas y que el hombre tiene un impacto minúsculo en controlar o alterar los cambios naturales.

Este argumento, en sí, constituye la destrucción de la tesis de que es el hombre el responsable principal del cambio climático actual. Si hay algo que la ciencia ya conoce, es que ésta sabe fehacientemente que ello no es así.

Paralelamente, sabemos que existen factores antrópicos o antropogénicos que están acelerando o precipitando las mutaciones y cambios. Sin embargo, lo que no se sabe, de manera alguna, es cuánto de ese cambio es geológico y cuánto es antropogénico.

Pero existe un antecedente presente en el planeta, desde su formación geológica (nacimiento de los océanos) hasta hoy, y ello está directamente relacionado con la liberación de un poderoso tipo de energía, producto del movimiento de las placas tectónicas.

En sí, el efecto invernadero masivo que el planeta habría sufrido, hace 500 millones de años, está directamente vinculado (dicen los científicos contemporáneos) con emanaciones de metano desde los océanos.<sup>5</sup> Esta evidencia se ha hecho empírica desde que hace pocas décadas, y por vez primera en la historia del hombre, se observara un lago (en Cameroon, Africa) erupcionar metano, en grandes cantidades, matando población y aniquilando ganado, en los alrededores. Debido a que el metano, a diferencia del dióxido de carbono, es más liviano que el aire, cuando es liberado a la atmósfera tiene una enorme capacidad invasiva, tanto calórica como energética.

De allí que tal elemento sea productiva y rentablemente utilizado, por algunos proyectos o metodologías de reducción o concentración de gases de efecto invernadero, para la obtención final de certificados internacionalmente comercializables y transables, en mercados del carbono.

Ahora bien, existe una gigantesca cantidad de metano (energía y contaminación calórica natural) atrapada en el fondo marino y desde los 500 metros de profundidad y hacia abajo (*ocean floor*), como sedimento. Esta energía de metano se encuentra disuelta en hielo, lo cual se denomina hidrato de metano (*hydrate methane*), encapsulado bajo un inmenso nivel de presión y en condiciones anóxicas o sin oxígeno.

Estos volúmenes, potencialmente gigantes, de metano están sujetos a condiciones termodinámicas cambiantes en el planeta, lo cual implica que son susceptibles de ser liberados a la superficie marina y de allí a la atmósfera.

Los movimientos de las placas tectónicas pueden ciertamente, afirman los biogeólogos y geomorfólogos, provocar un cambio de estado del hidrato de metano, catapultando su liberación. En tales casos, fuertes terremotos submarinos (con hipocentro en el fondo marino) pueden desencadenar tsunamis de metano, de gran capacidad destructiva, pero también energética.

<sup>5</sup> Hidrato de metano.



En términos de menor escala, los movimientos de las capas tectónicas producen inevitablemente la generación de energía metánica, que en nada se relaciona con la energía mareomotriz, por lo que la liberación de metano en la atmósfera es contaminante, calórica (invernadero) y fuente energética marina. Se estima por la ciencia que la cantidad de reservas de metano en los océanos es 50 veces superior a aquella existente en tierra firme.<sup>6</sup>

Por todo lo anterior, se conoce, por otra parte, que la capacidad natural del planeta para autocontaminarse y liberar energía (que es lo mismo) es millones de veces mayor que la capacidad del hombre, sus máquinas y su tecnología, de acumular contaminantes generados por los humanos.

Todo lo anterior no implica que el hombre debe continuar conduciendo sus negocios y comportándose como lo ha hecho hasta ahora. Lo que debe hacer, simplemente observando a la naturaleza, es replicarla, tanto por la vía de la acción como por la vía de la omisión. Esto es lo que enseñan las técnicas y metodologías de la ecología industrial.<sup>7</sup>

El último hito geológico al que nos referiremos ahora es el que indica que nos encontramos en una era geomorfológica interglacial o entre dos eras del hielo; la que ocurrió hace dos millones de años, produciéndose recién hace diez mil años la retracción del hielo, y una que está por venir.

Esto explica, según la ciencia, muchas de las alteraciones climáticas que el planeta comienza a vivir, en períodos largos de tiempo.

Pero no solamente los fenómenos geológicos más duros, gaseosos o calientes, son aquellos que naturalmente contaminan, alteran la geodesia terrestre, desfiguran al planeta y hacen emerger cicatrices en él, liberando gigantescas cantidades de energía.

También cambios actuales relevantes, en los océanos y sus corrientes marinas, dan cuenta de un importante geosigno terráqueo, que constituye una masiva fuente de desplazamiento de energías en el globo. Las corrientes marinas son las responsables de la energía eólica planetaria.

En efecto, la circulación termohalina o termosalina, que es la energía o corriente producida por la temperatura de agua salina, es análoga al sistema circulatorio

<sup>6</sup> Clatrato de metano.

<sup>7</sup> Verdadera expresión de derecho ambiental sustantivo, al constituir uno de los instrumentos de gestión ambiental (IGA) y de control de la contaminación antropogénica mejores diseñados por el hombre. La ecología industrial es un IGA privado (no estatal), preventivo y técnico-económico, que enseña a que las conductas y operaciones productivas humanas deben emular las de la naturaleza, lo cual transforma el proceso de crecimiento de las industrias, de meramente lineal (*linear*) a circular o cíclico. Grandes empresas como Boeing, ATT, Volvo, Saab y otras están certificadas en ecología industrial.

humano (como fuente energética principal, dentro de nuestro organismo) pues así como las arterias llevan la sangre oxigenada desde el corazón hacia las extremidades, y las venas, a su vez, retornan la sangre al corazón, para ser bombeadas de oxígeno, los océanos proporcionan la circulación planetaria que mantiene la vida, otorgando al planeta una parte significativa de su energía vital (ciclo de los sumideros, antes enunciado).

Así, los vientos y las grandes diferencias, en la densidad del agua, que se alteran y alternan por la temperatura y el grado de salinidad, son los factores que hacen de los océanos aquellos responsables críticos en el enfriamiento y el calentamiento de las superficies terrestres planetarias y en la transferencia de calor desde el Ecuador hasta los Polos.

En el caso del Pacífico Sur, eso sí, este fenómeno es alterado por la corriente de Humboldt, que es muy rica en oxígeno y, por ende, enfría significativamente las aguas marinas del zócalo continental, constituyendo así una fuente muy privilegiada de fuente energética y de contaminación natural. El motor que mueve la circulación termosalina es la densidad y esta es también una medida de energía, en el movimiento de las aguas.

Los científicos han representado a la energía que los vientos desplazan como una correa transportadora de equipaje de aeropuerto. En efecto, el agua salina y caliente que se mueve desde el trópico atlántico se traslada hacia los polos, a través de corrientes superficiales. La salinidad del agua pierde temperatura en el aire, en tanto es movida hacia el norte (debido a la temperatura ambiente). El frío en conjunción con la alta salinidad hacen que el agua sea más densa (pesada) y ella baja a mayores profundidades oceánicas. Las aguas profundas son tomadas por otras corrientes y mezcladas con aguas cálidas, regresando así a la superficie, nuevamente.

Todo esto es lo que cierra el círculo termohalino o termosalino, que crea grandes fuentes de energía oceanográfica y que se encuentra en un período de transtorno, por razones que los científicos desconocen en sus causas primeras. Lo que sí se sabe es que existe en el presente, como ya lo hemos mencionado, una alteración química de la atmósfera (contaminación energética) de la que es responsable, en parte, un océano con corrientes cambiantes, en lo que a las causas marinas corresponde.

En este panorama de interacción secreta, recíproca y poemática perpetua, es que ambiente (contaminación), ecología y energía son una tríada naturalmente inseparable. No hay retorno a la sostenibilidad planetaria sin políticas públicas nacionales e internacionales coordinadas y holísticas, que sean consistentes en el tiempo y en el espacio.

Las políticas públicas integrales deben manejar e incorporar los parámetros de causas científicas en su ecuación, para que las soluciones técnico-políticas y técnico-jurídicas a los problemas ambientales y energéticos sean adecuadas e integradas.

## 7. Solución por las vías jurídico-políticas

En efecto, solamente políticas públicas consistentes con una comprensión integral y adecuada del derecho ambiental, no bajo el prisma del reduccionismo inaceptable, de truncar el derecho ambiental hacia una vía meramente administrativa o mecánica, serán aptas para confrontar los problemas y retos antes planteados.

Mientras las políticas públicas no se coordinen, entre sí, en los ámbitos nacional e internacional, de manera que el derecho ambiental sea concebido como el instrumento sustantivo que realmente es: la fuerza conciliadora y balanceadora de metas de las políticas públicas (en recursos naturales y sustentabilidad), con herramientas a su alcance, como la evaluación ambiental estratégica, los países (dentro de los que con gran presencia se encuentra el nuestro) continuarán observando y venerando un mero derecho administrativo y procedimental que recae sobre resoluciones administrativas en materia o normativa de protección al ambiente.

He ahí la fuente del problema. El derecho administrativo carece de las herramientas integrales adecuadas (porque ese no es su objetivo) para confrontar jurídicamente los desafíos ambientales y proveer las soluciones integrales necesarias. El derecho ambiental sustantivo sí las posee.

Como lo advertimos, la ciencia nos deja claro que la energía es siempre contaminación y ésta<sup>8</sup> puede revestir la forma de energía, entre múltiples otras. De allí se sigue que la energía debe siempre contar con instrumentos político-técnicos ambientales, de aquellos que constituyen mecanismos preventivos de control de la contaminación y de gestión ambiental preventiva.

Así, los instrumentos que regulan la distribución geográfica y el ordenamiento territorial de las fuentes de la energía (con criterios uniformes e integrados de sustentabilidad) son y deben ser los mismos que regulan las políticas y los planes normativos en materia de control de la contaminación. Eso es lo que se denomina macrogestión ambiental, que incluye la determinación de los criterios que determinan las prioridades energéticas de un país, con criterios sustentables, siempre válidos e integradores.

<sup>8</sup> Como lo reconoce el artículo 2º, en sus letras c y d de la Ley 19.300, reformada y consolidada.

Precisamente por cuanto es imposible encontrar actividad humana (una vez más, como lo reconoce el citado artículo 2° del cuerpo legal ambiental chileno) que no conlleve contaminación es que jamás se ha ofrecido una interpretación coherente de la expresión del inciso primero del artículo 19 número 8 de la Constitución, cuando ésta menciona<sup>9</sup> que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, algo que solamente sería posible si el ser humano saliera no solamente del planeta, sino que del sistema solar (y ni aun así, pues el universo es contaminación en sí). La explicación que el legislador da a tal expresión, en el artículo 2° letra "m" de la Ley 19.300 es insuficiente, difusa y errada.

Un derecho administrativo "ambiental" o uno ambiental llevado al reduccionismo máximo, jamás podrá proveer las soluciones que los visionarios del derecho ambiental verdadero, en los Estados Unidos, Suecia y otros países, diseñaron, con la perspectiva de generar una ciencia y una disciplina político-jurídica autónomas. Hay una sola área del derecho diseñada para comprender y dar soluciones jurídico-políticas integrales e integradas a los grandes retos científicos más arriba descritos.

En el caso chileno, reiteramos que no obstante que la reforma del año 2010 avanzó bastante en la "desadministrativización" del verdadero derecho ambiental, aún el país no conoce los instrumentos preventivos, de gestión ambiental integrales, del derecho ambiental sustantivo comparado, ni menos aún su grado de aplicación integral en la gestión pública.

Cerramos, afirmando que, entre otras causas, nuestra incapacidad crónica de conocer y aplicar los instrumentos de gestión ambiental preventivos pertinentes del derecho ambiental sustantivo comparado (algunos de los cuales comienzan a conocerse en el medio chileno, tales como la ecología industrial, existente por dos décadas en el derecho ambiental extranjero) es la que ha impedido tener criterios adecuados, que sirvan de mecanismos de equilibrio, entre protección ambiental y expansión de fuentes energéticas sustentables y eficientemente productivas.

<sup>9</sup> A través de la incorporación de nuevos instrumentos preventivos, técnicos, económicos y políticos (policy) de gestión ambiental, que conforman el verdadero derecho ambiental sustantivo. Esto constituye un buen camino, pero es insuficiente. Todavía no existe la debida comprensión integral y sustentable de un derecho ambiental sustantivo. Chile sigue teniendo y cultivando un derecho administrativo ambiental, que es meramente procedimental, regulatorio y de comando y control (correctivo), en su gran segmento y aplicación. Como lo hemos explicado en otras publicaciones, el derecho ambiental es autónomo y sustantivo (como disciplina jurídica) y jamás se agota en un imperfecto procedimiento (que muy ocasionalmente alcanza solo una parte de su objetivo) de evaluación de impacto ambiental, que es meramente derecho administrativo. Si el derecho ambiental fuera meramente derecho administrativo o derecho de daños o derecho penal, estaría aquél completamente de más y sobrante. Esa es la conclusión evidente de un simple silogismo aristotélico.

La forma de cómo debe concebirse el derecho ambiental sustantivo (único derecho ambiental, como lo conciben la mayoría de los países miembros de OCDE), al servicio de tal equilibrio y de la sustentabilidad (y no de una mera mecánica administrativa, de un procedimiento formal, muy imperfecto (como el sistema de evaluación de impacto ambiental), es materia de otra monografía.

Una interacción legítima en el tratamiento conjunto y sostenible “contaminación-ambiente-energía” es la que acusará finalmente una comprensión adecuada de la ciencia ambiental y de la política ambiental: únicas portadoras de la materia prima que constituye el verdadero derecho ambiental sustantivo.

Solamente una pertinente aplicación de los criterios antes señalados, a través de un mecanismo instrumental para ello, como la evaluación ambiental estratégica, permitirá, además, que las empresas y las personas naturales puedan satisfacer las metas de la responsabilidad social, empresarial y privada. Los vínculos entre todos estos puntos quedarán pendientes de una explicación detallada, para alguna publicación futura.





# Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile

**Raúl F. Campusano Droguett**

Master en Derecho, U. Leiden, Países Bajos

Master of Arts, U. Notre Dame, USA

Profesor de Derecho Internacional UDD

Director de Postgrado, Derecho UDD

**Conrad Fahrenkrug**

Egresado de Derecho UDD

**Resumen:** el artículo tiene por finalidad identificar y analizar la presencia de normas sobre derecho de propiedad intelectual en tratados de libre comercio suscritos por Chile. Luego de reseñar el régimen jurídico de la propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, se presenta cada uno de los tratados de libre comercio señalados explicando la forma en que el tema de la propiedad intelectual ha sido incorporado. A lo largo del análisis se intenta responder la pregunta sobre si es pertinente y conveniente incorporar esta materia en acuerdo de libre comercio. También se intenta levantar una reflexión sobre la forma en que cada tratado aborda el tema de la propiedad intelectual, teniendo presente que existe como trasfondo todo el cuerpo de derecho internacional de propiedad intelectual, por una parte, y la política y derecho nacional sobre la materia, por la otra. El artículo termina con una bibliografía básica de los textos positivos y algunos textos doctrinarios.

\*\*\*

## 1. Introducción

Los tratados de libre comercio tienen por finalidad promover el libre intercambio de bienes y servicios entre las partes contratantes.<sup>1</sup> Así, en principio, podrían ser textos muy breves en los que se estipula la eliminación o reducción de aranceles de ingreso. Por cierto, este modelo se complejiza al integrar sistemas de gradualidad y de excepción de determinados bienes y servicios. Adicionalmente, hay

<sup>1</sup> Este trabajo es producto de la pasantía de titulación realizada por el egresado Conrad Fahrenkrug en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

varias materias propias del libre comercio que también requieren ser reguladas en estos tratados. Más interesante aún, numerosos tratados de libre comercio suscritos por Chile contienen también normas reguladoras de materias que no son sobre comercio libre, sino que sobre otras materias que las partes han estimado relevante regular en el tratado (pudiendo haberlo hecho en otros tratados específicos). Típicamente dentro de esta categoría se encuentran las materias de derecho laboral, derecho del medio ambiente,<sup>2</sup> y compras públicas. Tal vez sea en el área del medio ambiente aquella en la que más se ha regulado a través de tratados de libre comercio respecto de materias distintas a las propiamente comerciales.<sup>3</sup> En algunos casos, estas materias no solo forman parte del tratado, sino que se constituyen en un acuerdo complementario al mismo.<sup>4</sup> Una de estas materias adicionales es el derecho de la propiedad intelectual. La finalidad de estos apuntes es analizar la presencia de normas que regulan el derecho de la propiedad intelectual en los tratados de libre comercio suscritos por Chile.

Chile se encuentra entre las economías más libres del mundo, siendo primero en América Latina y 11<sup>o</sup> a nivel mundial.<sup>5</sup> Destaca por ser uno de los países que

<sup>2</sup> Sobre la regulación de temas ambientales en tratados de libre comercio ver: Campusano Droguett, Raúl F. "La Opción y Modalidades de Integración de la Variable Ambiental en Tratados de Libre Comercio". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año X, volumen 21, enero 2010. También ver: Campusano Droguett, Raúl F. "Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC". Coautor: Pablo Romero Z. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año IX, volumen 19, enero 2009. También ver: Campusano Droguett, Raúl F. "La Institucionalidad Ambiental derivada de los Acuerdos Comerciales firmados por Chile y su relación con la Organización Mundial de Comercio y con la Institucionalidad Ambiental Nacional". En *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental. Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario*. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, octubre 2006.

<sup>3</sup> Los procesos de negociación de acuerdos comerciales han incorporado en su agenda los temas medioambientales y su relación con el comercio. Una de las primeras experiencias que vivió Chile en la incorporación de los asuntos ambientales entre los temas de negociación de un tratado comercial se dio en el marco de las conversaciones para la firma de un acuerdo de libre comercio con Canadá. El texto suscrito con ese país incluyó disposiciones sobre cooperación medioambiental, reafirmando como uno de los principios rectores que debe inspirar el proceso recíproco de liberalización comercial la promoción del desarrollo sustentable. El tratado con Canadá, además, fue complementado con un Acuerdo de Cooperación en Medioambiente, el cual profundizó y detalló las áreas y programas de cooperación en diversos campos de interés mutuo. En la actualidad la relación entre comercio y medio ambiente es uno de los temas que mayor interés concita en los distintos procesos de negociación a nivel multilateral, regional y bilateral. Esta preocupación fue recogida por la OMC, incorporando esta temática como uno de los puntos más relevante en la agenda de negociación de la Ronda de Doha. En este contexto es que los recientes acuerdos comerciales suscritos por Chile han incorporado entre sus disciplinas y reglas los asuntos ambientales. En algunos casos se han establecido compromisos generales, y en otros, estipulado mecanismos de cooperación y procedimientos limitados de solución de controversias en el terreno medioambiental. Es interesante observar la creación de una institucionalidad jurídico-ambiental a través de la vigencia en Chile de estos tratados ambientales que se erige en forma paralela al sistema jurídico-ambiental nacional tradicional. En efecto, los tratados de libre comercio establecen sistemas de solución de conflictos a través de paneles y otros sistemas y que utilizan normas procesales internacionales en su funcionamiento. En el mismo sentido, algunos tratados incluyen también un protocolo ambiental que establece una institucionalidad binacional con atribuciones y mandato.

<sup>4</sup> Es el caso de los acuerdos complementarios de medio ambiente de los tratados de libre comercio con Canadá y con Estados Unidos.

<sup>5</sup> Internet: Year 2011 Index of ECONOMIC FREEDOM, The Heritage Foundation, <http://www.heritage.org/index/ranking>

ha suscrito la mayor cantidad de acuerdos económicos (22 en total) reduciendo trabas comerciales y apuntando claramente a terminar con el proteccionismo, permitiendo a la economía nacional integrarse plenamente a una economía global. Si bien se celebran los rankings que ubican a Chile en lo más alto, no podemos obviar otros que lo destacan por no respetar el derecho de propiedad intelectual. Por ejemplo, el "priority watchlist" elaborado año a año, en el cual Estados Unidos establece qué países no cumplen con un resguardo adecuado para velar por los derechos de los creadores, tienen a Chile en la lista desde hace varios años. Nuestro país ha declarado que su posición es la de aceptar la importancia y reconocer la necesidad de velar por la propiedad intelectual, pero existe algún nivel de controversia sobre lo adecuado de las políticas públicas y fiscalización en el resguardo de dichos derechos.

Aquellos que abogan por la defensa de la propiedad intelectual establecen que es necesario "para fomentar el progreso de la ciencia y de las artes útiles".<sup>6</sup> Es justamente este resguardo el que permite el incentivo necesario para el avance de la tecnología y artes, permitiendo una mayor realización y bienestar a la sociedad. A su vez, hay un tema de ingeniería y política social respecto al resguardo de dicho derecho, ya que ninguna sociedad debiera aceptar que se despoje la propiedad de otro sin razón, pero otros ponen acento en la protección y promoción de la industria nacional y el acceso de los ciudadanos a productos de bajo precio. Quienes apuntan a un mayor resguardo de los derechos de propiedad intelectual sostienen que esta diferencia no debe ser tal, aunque sea solo temporal, dado que la propiedad sobre creaciones siempre es por un tiempo limitado. Quienes se oponen a una defensa estricta de la propiedad intelectual sostienen que ésta afecta de manera desproporcional a los países en desarrollo, cuyos habitantes no tienen los medios para adquirir dichos productos, teniendo las mismas necesidades.

## 2. Régimen jurídico de la propiedad intelectual

Las normas que regulan materia de propiedad intelectual dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de origen interno, están presentes entre leyes de distinta jerarquía. Nuestra Carta Fundamental en su capítulo III, "De Los Derechos y Deberes Constitucionales", establece en su artículo 19, numeral 24, que se asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales".<sup>7</sup> Más específicamente

<sup>6</sup> Constitución de EEUU, artículo 1 sección 8.

<sup>7</sup> El número 24 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

aún, en su numeral 25 establece los derechos de autor y la propiedad industrial. La reglamentación concreta sobre esta materia estará a cargo de normas de menor jerarquía, que regularán los modos de adquirir, el uso, goce y disposición del bien incorporal que es la propiedad industrial, como a su vez su extensión y limitaciones. Cabe subrayar que la Constitución se refiera expresamente a este derecho, ya que estaría mostrando la importancia que se le otorga a la propiedad intelectual, reconociendo y exigiendo su resguardo. El Código Civil, por su parte, trata esta materia resumidamente en el artículo 583, en el cual reafirma lo señalado en la Constitución, en cuanto a que existe "una especie de propiedad" sobre las cosas incorporales, estando nuestra materia dentro de esta señalización. El artículo siguiente establece que lo relativo a propiedad intelectual se regirá por leyes especiales, por ende, debemos remitirnos a aquellas que tratan los distintos ámbitos de la propiedad intelectual. La Ley 20.254 crea el Instituto de Propiedad Industrial (INAPI), entidad de carácter técnico-jurídico y funcionalmente descentralizado, cuya principal función es llevar registro de la de propiedad industrial en Chile.

El derecho de autor, como a su vez los derechos conexos de este, están tratados en la Ley 17.336. Esta norma es de carácter general y subsidiaria en aquellas materias de derecho de autor que estén a su vez normadas por otras leyes especiales. Destacamos que se protegen de igual manera los derechos de los chilenos y extranjeros domiciliados en Chile. En cuanto a los extranjeros no domiciliados, se remite a las convenciones que Chile suscriba o ratifique. La ley a su vez señala la forma en que deben estar representadas las obras para gozar del resguardo que esta asegura, no siendo esta taxativa, queda demostrado que a lo menos exige que tengan representación física.

Las obras audiovisuales tienen reglamentación especial en la Ley 20.243, la cual establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los in-

---

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión. Por su parte, el número 25 asegura a todas las personas el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior (esto es, el citado número 24).



térpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en este formato, como señalamos anteriormente, la Ley 17.336 rige subsidiariamente.

Las denominaciones de origen, de vital importancia para nuestros productos, cuyas características se deben al medio geográfico en el cual son producidos y elaborados, se encuentran en la Ley 18.455. Esta ley fija normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres. De nuestro interés es el Título V, que trata justamente sobre la denominación de origen. En cuanto a los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, se regulan en la Ley Nº 19.342, estableciendo el procedimiento necesario y requisitos de solicitud para poder inscribirlo. A su vez cabe destacar que leyes de otras materias aportan a nuestro campo. En la ley sobre competencia desleal se resguarda la propiedad intelectual, específicamente las marcas, esto debido a que la Ley 20.169 prohíbe el aprovechamiento de la reputación ajena. En cuanto a la informática, la Ley 19.223 tipifica aquellos hechos en que se lesione al titular de la propiedad intelectual.

Por último, nos referiremos a los decretos que apoyan a la reglamentación de la propiedad intelectual dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El Decreto Supremo Nº 236, del 25 de agosto de 2005, aprueba el Reglamento de la Ley 19.039 de propiedad industrial. Este decreto regula el otorgamiento y la protección de los derechos de propiedad industrial relativos a las marcas comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos y diseños industriales, esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen. En materia de zonificación vitícola, el Decreto Nº 464 del 14 de diciembre de 1994 establece el lugar y extensión de estas y lo relativo a su utilización. Sobre denominación de origen, el Decreto Nº 521, del 30 de diciembre de 1999, fija el Reglamento de la Denominación de Origen Pisco, definiendo las condiciones, características y modalidades que debe cumplir. Así, existe una reglamentación importante de los distintos temas de propiedad intelectual en nuestro ordenamiento; dado el nivel de especialización de las distintas materias, no es posible incluirlos todos en un solo cuerpo legal. Es por esto que se encuentra disperso en un gran número de leyes especiales, muchas de las cuales, a su vez, se remiten a convenciones internacionales y decretos que concretizan las materias específicas a tratar.

Chile ha suscrito un número significativo de tratados internacionales relacionados con la propiedad intelectual. Debido a la gran cantidad de materias especializadas que trata este tema, es que su reglamentación se encuentra en un número importantes de convenciones, siendo el más importante el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Esta convención establece las directrices básicas que los países que son parte del acuerdo aplicarán en relación a la propiedad industrial e intelectual. Tiene como fin uniformar los sistemas jurídicos, en lo posible, para facilitar el comercio mundial.

Hoy no existe un registro único en el cual se pueda inscribir una patente y que esta sea reconocida mundialmente. Es por eso que se ha intentado de alguna forma disminuir las dificultades que esto crea, mediante la creación de distintos tratados que apuntan crear procedimientos estandarizados de inscripción y normas mínimas de resguardo. En este sentido destacamos los siguientes tratados:

- Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT), adoptado en Ginebra el 27 de octubre de 1994. Estableciendo normas sobre los registros de patente que deberán implementar los países. Tiene como fin armonizar los procedimientos de solicitud.
- Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), adoptado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979, modificado el 3 de febrero de 1984 y el 3 de octubre de 2001. Establece la protección que las partes deberán dar a las patentes registradas con solicitud.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Este convenio tiene como fin asegurar trato igualitario entre los nacionales de los Estados pactantes en los distintos países. Establece a su vez, que interponiendo una solicitud de patente y otorgada esta, se podrá exigir protección y resguardo de sus derechos en cualquiera de los países que forman parte de este tratado.
- Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes, establecido en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980. Este tratado tiene como fin facilitar la posibilidad de patentar organismos vivos y de realizar un único depósito ante una autoridad internacional.
- Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones Sobre La Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas. Aprobada por la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) el 29 de septiembre de 1999. Establece principios para evitar que marcas reconocidas puedan verse afectadas al no estar registradas en el país. Busca disminuir las dificultades al no existir un registro único de carácter mundial.

Entendiendo las dificultades que crean en el comercio internacional la necesidad de registrar las distintas creaciones en los diversos mercados, es que se ha

intentado también equiparar las clasificaciones que se hagan de estos, para así evitar situaciones en que una misma marca, patente o modelo sea interpretado y tratado de formas distintas, dependiendo del registro al cual se acceda. Es este el fin de los siguientes tratados:

- Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas del 15 de junio de 1957, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en Ginebra el 13 de mayo de 1977 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas adoptado en Viena el 12 de junio de 1983 y enmendado el 1 de octubre de 1985.
- Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, adoptado en Locarno el 8 de octubre de 1968 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, adoptado el 24 de marzo de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Respecto al derecho de autor y derechos conexos, Chile ha suscrito los siguientes tratados:

- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra, Suiza, el 20 de diciembre de 1996.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, adoptado el 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
- Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas, contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, adoptado en Ginebra el 29 de octubre de 1979.

- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, adoptado en Roma el 26 de octubre de 1961.
- Tratado de Nairobi sobre la Protección del Símbolo Olímpico, adoptado en Nairobi el 26 de septiembre de 1981. Tiene como fin resguardar el símbolo olímpico, comprometiéndose todas las partes a anular o rehusar todo registro como marca y prohibir su uso para fines comerciales sin que tenga la debida autorización del comité olímpico.

Chile ratificó en 2011 el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de Ginebra del 19 de marzo de 1991. Dicho convenio obliga a Chile a registrar y resguardar a los titulares que hayan modificado o mejorado genéticamente semillas u otros productos agrícolas. A su vez, Chile es parte del Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, suscrito en Bruselas el 21 de mayo de 1974. Este crea la obligación de tomar las medidas adecuadas y necesarias para impedir la distribución de cualquier señal portadora de programas emitidos por cualquier distribuidor para quién no está destinada la misma.

Las convenciones bilaterales son objeto de análisis en la próxima sección.<sup>8</sup>

### **3. Regulación de la propiedad intelectual en los acuerdos económicos suscritos por Chile**

Los tratados de libre comercio, sean regionales o bilaterales, entre países desarrollados o en vías de desarrollo, sean economías esencialmente exportadoras o importadoras, apuntan a lo mismo, esto es, ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes, esto a través de la eliminación o reducción de los aranceles que traben la transferencia de diversos bienes y/o servicios de una economía a otra. Si bien apuntan todos los tratados de esta especie a lo mismo, sí podemos diferenciarlos en lo concerniente a propiedad intelectual, esto dependiendo de cuál sea el desarrollo económico del Estado con quien Chile ha celebrado dicho pacto. Al comparar la regulación de los diversos tratados, no solo difieren en extensión, sino que reflejan la filosofía económica que las distintas naciones apuntan a desarrollar en sus diversas políticas públicas.

Pareciera que el mejor ejemplo de lo señalado anteriormente es la comparación entre la regulación que contienen nuestros TLC con las dos economías más

<sup>8</sup> Los acrónimos son los siguientes: ACE: Acuerdo de Complementación Económica; AAP: Acuerdo de Alcance Parcial; AAE: Acuerdo de Asociación Económica; TLC: Tratado de Libre Comercio; ALC: Acuerdo de Libre Comercio.

importantes de la actualidad, con Estados Unidos, por un lado, y el celebrado con China, por otro. Ambos, como todos los demás Estados, han suscrito el ADPIC, pero sus regulaciones y visiones sobre la materia varían sustancialmente. Estados Unidos apunta a una regulación fuerte con mecanismos de prevención, como a su vez de sanción e indemnización en caso que se lesione algún derecho relativo a la propiedad intelectual.<sup>9</sup> Si bien Estados Unidos es parte de diversos tratados internacionales junto con Chile, promueve la existencia de normas más estrictas y mayor protección respecto a lo establecido hasta ahora en el derecho internacional. China, por su parte, y habiendo suscrito algunos de los principales textos de derecho de la propiedad intelectual internacionales, estima que tales normas no debieran ser una traba para el comercio, ni tampoco para los usuarios o la comunidad.

Los TLCs suscritos con otros países tienden a subrayar la importancia de cumplir con las normas del derecho internacional sobre propiedad intelectual, con algunos matices que se podrían explicar por lo estipulado en sus propios ordenamientos jurídicos y políticas públicas nacionales. Así, uno de los temas que más debate doctrinario y práctico presenta es el de los productos genéricos. También el tema de la información no divulgada.<sup>10</sup> Detrás de cada una de estas

<sup>9</sup> Tanto es así que el TLC con Estados Unidos compele a Chile a llevar a cabo reformas legales y modernizar ciertos servicios públicos para un mayor resguardo de dicho derecho.

<sup>10</sup> El debate sobre la legislación y política que el país debe tener para promover de mejor forma los intereses del país en materia de propiedad industrial y patentes de invención relacionadas con la industria farmacéutica y agrícola, promoviendo el desarrollo de la industria nacional, el posicionamiento de las empresas extranjeras, el desarrollo de mejores productos a menores precios y la adecuación de la legislación nacional a las normas internacionales vigentes, tiene una variante de especial interés respecto de la información no divulgada, ya que la forma en que esta materia sea tratada promoverá u obstaculizará el logro de los objetivos y finalidades señalados. Por una parte, se propone maximizar los mecanismos y plazos de protección a la información no divulgada, asimilándolos a la protección y plazos de protección de las patentes de invención. La racionalidad detrás de esta argumentación está en que al proteger la información no divulgada se protege la invención y, de esta forma, se favorece y promueve la iniciativa y creatividad de las personas y empresas, produciendo un mejor estado general. Esta posición es principalmente defendida por las empresas multinacionales. Existe otra posición sobre la materia. Esta observa que efectivamente el derecho de propiedad sobre las patentes de invención es una muy buena herramienta para promover el desarrollo de nuevos productos, generando mayor bienestar general. Sin embargo, como todas las cosas, ésta no puede ser aplicada en forma absoluta, ya que hay efectos secundarios que son indeseables. En efecto, el tema de la información no divulgada es una de las manifestaciones de este aserto. Si bien es cierto que existen razones para proteger determinada información y hacerla confidencial y reservada, no toda información debiera ser así protegida y, en todo caso, no por tiempos y plazos más allá del cumplimiento de sus objetivos, esto es, promover la creatividad y beneficiar a la humanidad toda. Esta posición promueve una solución de encuentro, en que las distintas posiciones e intereses sean ponderados, considerados y armonizados, adoptándose una legislación y política que tienda a un justo equilibrio y punto medio, basada en las siguientes premisas: Es adecuado que exista protección de cierta información confidencial, pero esta protección no debe ser más allá de la protección de los valores generales que intenta promover. Debiera establecerse un sistema de encuentro que considere las distintas sensibilidades, intereses y posiciones en relación con la información no divulgada. El sistema de registros es independiente y separado del sistema de patentes. Debiera establecerse un sistema de registro de genéricos por similitud de acuerdo con las definiciones de la FAO y en sus especificaciones para un producto determinado en caso de haberlas. Debiera existir compensación al primer registrante por el acceso a la información de su propiedad, luego de un período de exclusividad. Debiera apoyarse el apoyo financiero por parte del sistema de organizaciones



materias se encuentra la voluntad del Estado de proteger a la industria nacional o de favorecer precios bajos al consumidor final. Como se ha indicado, estas son materias controvertibles y controvertidas.

### 3.1 TLC Australia

El Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Chile y de Australia fue suscrito el 30 de julio de 2008. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 17 de dicho acuerdo y se pueden destacar los siguientes puntos:

- Apunta a un sistema regido por el Derecho Internacional.
- Evitar restringir excesivamente el intercambio comercial.
- La no discriminación entre nacionales de los Estados parte.
- Creación de procedimientos simples, accesibles y transparentes en el otorgamiento, revisión y revocación de patentes.

El tratado apunta a un sistema regido por el derecho internacional: El acuerdo demuestra que la intención de las partes, o al menos de Australia, es que la regulación de la propiedad intelectual se haga conforme a los sistemas derivados de los diversos tratados internacionales elaborados respecto a las distintas materias que se desprendan de la PI, teniendo como base el ADPIC. Chile se comprometió, al suscribir el acuerdo con Australia, a ratificar o adherir a ciertos tratados internacionales de los cuales Australia ya era parte antes del 1 de enero de 2009, obligación que Chile cumplió íntegramente recién en el año 2011. Dichos tratados son: 1. El Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite (1974) (el Convenio de Bruselas); 2. El Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes (1980); y 3. El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1991).

Chile, a su vez, se comprometió a revisar la posibilidad de adherirse a otros, no obligándose expresamente. Esto no ha llevado a que nuestro país se adhiera

---

internacionales, Estados y empresas, para apoyar el proceso de reestructuración y fortalecimiento del sector público encargado de estas materias, considerando especialmente la necesidad de aumentar y calificar el personal correspondiente. Desde una perspectiva valórica, es importante tener siempre presente que la razón de la protección de la información no divulgada es proteger al inventor y de esta forma promover el desarrollo de invenciones y el bien común de la humanidad. De esta forma, si la divulgación de determinada información o la divulgación de la misma después de determinado plazo no perjudica la promoción de invenciones y sí beneficia a la humanidad, no hay razones para no proceder a la mencionada divulgación.

al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1989), que establece las directrices para la existencia de un registro único con reconocimiento en los diversos países partes, ni tampoco al Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) que busca armonizar los procedimientos de solicitud de patentes, como a su vez los derechos que estos otorgan. Sobre este último la verdad es que son menos los países parte que los que no se adhieren, incluyendo en este último grupo a Estados Unidos y a la mayoría de los países con que Chile ha celebrado algún acuerdo económico. Esto en razón a que no existe una posición mayoritaria respecto a los derechos que conlleva la propiedad intelectual y la extensión de los mismos.

**Evitar restringir excesivamente el intercambio comercial:** Se reconoce que debe existir un justo balance entre la propiedad intelectual, la transferencia de tecnológicas y la necesidad de prevenir prácticas anticompetitivas que pudieran resultar por un ejercicio abusivo de este derecho. No se podrá a su vez aplicar la normativa relativa a propiedad intelectual de una manera que sirva para restringir el comercio. Por ende, hay una clara intención de las partes en aclarar que el derecho a la propiedad intelectual no puede ser una traba para el comercio ni una herramienta que sirva de abusos por parte de los titulares de dicho derecho.

**La no discriminación entre nacionales de los Estados parte:** Se enfatiza en que no habrá trato discriminatorio entre los nacionales de ambos países y que la aplicación del tratado será sobre actos realizados una vez que este haya entrado en vigencia, sobre los actos anteriores este no generarán obligaciones.

**Creación de procedimientos simples, accesibles y transparentes en el otorgamiento, revisión, y revocación de patentes:** Se comprometen las partes a establecer un sistema que permita velar por los derechos que deriven de la propiedad intelectual, limitándose a decir que los procesos administrativos, civiles y penales serán simples, eficientes y transparentes. Enfatiza que, dado la dinámica del mercado, al constituir o reconocer el derecho que pueda tener un titular por parte de un Estado pactante, se otorgue de la manera más rápida posible, considerando de igual manera la necesidad de que existan las instancias necesarias para que terceros interesados puedan interceder en el proceso, ya sea por creer tener mejor derecho o buscar que se anule un derecho ya conferido. No establece expresamente cuáles deberán ser los medios o el formato concreto de estos, reconociendo la autonomía de cada Estado para resolver dichos asuntos en conformidad con su legislación interna, y solicita que los registros sean públicos y de fácil acceso.

Lo que si podemos destacar es que establece algunas directrices mínimas, como lo son la posibilidad de ejercer medidas precautorias sin necesidad de escuchar a la contraparte, siempre que se logre establecer una presunción de necesidad, e

instaurar penas pecuniarias y privativas de libertad para disuadir la participación en hechos que configuren infracciones a los bienes jurídicos aquí protegidos. A su vez insta a que en los procesos en los cuales se han infraccionado dichos derechos se establezcan indemnizaciones para subsanar los daños causados a la parte afectada. Entendiendo la dinámica que suelen tener los infractores a dichos derechos, es que se insta a establecer facultades amplias a los servicios públicos a cargo de velar por dichos derechos para poder llevar a cabo una labor expedita y eficaz, facilitando la posibilidad de incautar bienes para su posterior destrucción si son objetos de infracción.

El TLC con Australia demuestra claramente que la regulación que este Estado desea darle a la propiedad intelectual sea una regida bajo el derecho internacional, no estableciendo medidas más estrictas que la existente hoy en día en aquellas instancias, con la excepción de los años en los cuales se resguarda el derecho de autor, aumentándolos de acuerdo a la posibilidad que entrega el mismo tratado regulador de aquella materia en específico.<sup>11</sup> Sostiene que se uniformen los criterios, procedimientos y normativas que regulan dicha materia bajo los ya existentes en diversos tratados. Concluimos entonces que el TLC con Australia en lo relativo a la propiedad intelectual se remita a tratados, obligando en algunos casos a que Chile se suscriba a estos.

### 3.2 TLC China

El Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular China fue suscrito el 18 de noviembre de 2005.<sup>12</sup> El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el

<sup>11</sup> Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (1979), artículo 2 párrafo 6.

<sup>12</sup> El acceso de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2001 constituye un verdadero punto de inflexión para dicho país y para el planeta. Existe casi total unanimidad en que el ingreso de la nación asiática a dicha organización fue conveniente para el comercio internacional, ya que incorporó a uno de los grandes actores económicos del mundo en el esquema de normas y regulaciones que reglan las relaciones entre los Estados en materia de libre comercio. Sin embargo, en diversos sectores aún existe la pregunta sobre la manera en que una economía que todavía en gran parte es regulada por el Estado, puede afectar el rumbo del proceso de liberalización del comercio mundial que se está llevando a cabo en el seno de la OMC. Para algunos autores el ingreso de China al órgano rector del comercio internacional puede tensionar los paradigmas en que se fundamenta esta institución y sostienen que la influencia de este país en el desarrollo de las futuras negociaciones podría significar un retroceso en los logros alcanzados hasta la fecha. Además, existe la posibilidad de que la incorporación de China como miembro produzca una distorsión en el proceso de la OMC y que este país no juegue bajo las reglas del libre comercio. El fundamento de esta preocupación dice relación con cuál es el verdadero grado de compromiso del gobierno chino respecto a las obligaciones contraídas en materia de desregulación y transparencia en su mercado interno y en sus operaciones de comercio exterior. Más aún, suponiendo que realmente existe la voluntad política de observar los acuerdos, se plantean dudas sobre si las autoridades del país tienen realmente la capacidad de implementar las medidas necesarias para ceñirse a los compromisos adquiridos. Sin embargo, otros sectores de analistas observan con enorme satisfacción y confianza el enorme paso dado por China al ingresar a la OMC y auguran un beneficio general derivado de esta opción. La plena inserción de China en los mercados mundiales ha generado cambios en el diseño y ejecución de su política exterior, pero no en sus objetivos. Estos fueron establecidos en su día por Deng Xiaoping: la consolidación del Estado chino, un objetivo que

artículo 111 bajo el título de Derechos de Propiedad Intelectual. A nivel de extensión, el acuerdo comercial con la segunda economía más importante del mundo es más bien corta. Se limita a establecer que se regirán por lo establecido en los diversos tratados en que ambas partes hayan adherido, no comprometiéndose ninguna de las partes a adherirse a alguno en específico. Es importante señalar que enfatiza los principios que establece la declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Esta manifiesta la importancia de resguardar la propiedad intelectual para la creación de medicamentos, pero establece la posibilidad de los Estados, en casos de emergencia nacional (no definiendo qué se entiende como tal), de fabricar medicamentos patentados. Es interesante que siendo regulado tan escuetamente en el acuerdo comercial se singularice un tema tan específico. Esta ha sido la posición de China desde la epidemia del virus SARS, en la cual expresó que si fuere necesario su gobierno produciría los medicamentos sin pagar patentes, algo que fue criticado por las farmacéuticas titulares de las patentes y sus países de origen en diversas instancias internacionales. Se limita a su vez a establecer que el resguardo a la propiedad intelectual no debe ser una traba para el comercio y se debe evitar el abuso por parte de sus titulares. Sostiene que deben existir canales de comunicación entre ambos Estados en relación con proyectos o acciones relativas a la propiedad intelectual. Se concluye, al leer este acuerdo económico, que las partes no tienen mayor interés en resguardar la PI, lo cual no es sorprendente dadas las características de la economía China.

### 3.3 TLC República de Corea

Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Corea, fue suscrito el 15 de febrero de 2003.<sup>13</sup> El tema de la propiedad intelectual

---

implica el mantenimiento del régimen comunista; la integridad territorial, que se refiere básicamente a la recuperación de Taiwán; y la búsqueda de un mayor prestigio y poder en la escena internacional. La prioridad del crecimiento económico y la realidad de la interdependencia han determinado un nuevo enfoque en la relación de China con el exterior y su percepción del mundo. La posición internacional del gigante asiático ha evolucionado a lo largo de los años noventa en la dirección de una creciente moderación y responsabilidad. Desde finales de la última década, Beijing ha mostrado una llamativa mejora en sus relaciones con Washington, en el acercamiento a otros países asiáticos y en la defensa de unos procesos multilaterales en los que anteriormente no creía.

<sup>13</sup> El Tratado de Libre Comercio firmado en febrero de 2003 entre Chile y la República de Corea puede ser considerado como un resultado del diálogo en el Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico, APEC, del cual Chile es miembro desde 1994 y anfitrión en 2004. Los términos del Acuerdo fueron establecidos el 24 de octubre de 2002, tras seis rondas de negociaciones que se venían extendiendo desde 1999. El origen de este esfuerzo se remonta a la Cumbre de Líderes en 1998 de APEC en Kuala Lumpur, Malasia, donde el entonces recién electo Presidente Kim Dae-Jung propuso al Primer Mandatario chileno, Eduardo Frei, iniciar negociaciones de un TLC con Chile, con el propósito de contribuir a liberalizar la economía coreana, aliviar los efectos de la crisis asiática financiera y reactivar la actividad económica. Un elemento central de esta estrategia radicaba en la suscripción de acuerdos comerciales y de tratados bilaterales de inversión con países seleccionados, categoría en que fue inserto Chile, elegido por Seúl como su primera experiencia en el mundo en materia de firma de un TLC. Se trata así no sólo del primer acuerdo comercial que concreta Corea, sino también del primer acuerdo de libre comercio entre una economía asiática y otra extraasiática. Estamos pues frente a la primera asociación comercial



tual se encuentra reglamentado en la parte V capítulo 16. En el actual tratado entre las partes se alude a que serán los ADPIC los que regularan la materia en cuestión. Destacamos que en lo relativo a la protección de marcas comerciales establece que será el Convenio de París sobre dicha materia el que servirá de base entre las partes, aunque hace una salvedad que nos parece interesante destacar. Establece que para constituir notoriedad de una marca, y por ende la protección que le corresponde como bien patentado, basta que haya sido obtenida por promoción de la misma parte. Esto es una novedad, dado que es más estricto que lo establecido hasta ahora en los distintos tratados suscritos por Chile. Hasta ahora para gozar de esta protección era necesario tener la patente inscrita o bien ser un marca notoriamente conocida, en este caso se agrega el elemento que sea la misma parte interesada la que promoció su bien y esto dé lugar a que sea notoriamente conocida. Destacamos por ende que el actual acuerdo apunta a que sean los diversos tratados ratificados por las partes los que regulen la propiedad intelectual, no agregando elementos nuevos con excepción de una regla novedosa que da mayor amplitud al resguardo de la propiedad industrial. Como se ha señalado, el Acuerdo expresa el compromiso de ambas partes de otorgar una protección efectiva a los derechos de propiedad intelectual, a través de reafirmar las obligaciones asumidas por las Partes en ADPIC, estableciendo regulaciones específicas en materia de marcas, así como en el reconocimiento de indicaciones geográficas de ambos países. En particular, Corea del Sur reconoce las indicaciones geográficas del pisco, pajarete y vino asoleado, junto a las indicaciones geográficas de los vinos que se originan en las regiones vitivinícolas de Atacama, Coquimbo, Aconcagua, Valle Central y Sur de Chile.

### 3.4 ACE Cuba

Acuerdo de Alcance Parcial entre Chile y Cuba fue suscrito el 20 de diciembre de 1999. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 6. Las partes se limitan a reiterar que las medidas para defender la propiedad intelectual no sean obstáculo para el comercio legítimo. No existe regulación especial alguna entre las partes sobre la materia, remitiéndose al ADPIC. Íntegramente se remite a los tratados en que ambos sean partes, no agrega ningún elemento nuevo.

---

transpacífica que refleja la apuesta estratégica de Chile de constituirse en un puente de comercio e inversión entre Asia Pacífico y el sur de América Latina. Las razones de la elección de nuestro país por parte de Corea fueron nuestra lejanía, así como la complementariedad de ambas economías y la mayor experiencia negociadora de Chile. Corea ha manifestado, por lo demás, más allá de la conclusión de este tratado específico, la voluntad de intensificar su proceso de apertura en el marco de APEC y de flexibilizar su sector agrícola en vistas de las negociaciones en la Organización Mundial de Comercio, OMC. Tras la ratificación del texto por ambos países, el Acuerdo entró en vigor el 1 de abril de 2004. Ese mismo mes, según las cifras disponibles, las exportaciones a Corea aumentaron un 59% en relación con igual mes del año anterior. En igual período, el número de productos exportados se elevó de 63 a 72, mientras que las importaciones chilenas se incrementaron en un 51% respecto al mismo mes del año pasado.



### 3.5 TLC Estados Unidos

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, fue adoptado el 6 de junio del 2003. El tema de propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 17 de dicho acuerdo y de él se pueden destacar los siguientes puntos: Apunta a un sistema más estricto que el establecido en el Derecho Internacional; apunta hacia un mayor resguardo de las marcas de fábrica o comercio; insta a la creación de procedimientos y servicios públicos más eficientes para el resguardo de la propiedad intelectual. A nivel de extensión y aporte a una regulación distinta a la actualmente existente en Chile y los demás acuerdos comerciales celebrados, el TLC con EE.UU. es el más extenso.

Apunta a un sistema más estricto que el establecido en el derecho internacional: Reconoce el derecho internacional no como el contenedor en sí de la regulación de los derechos que se desprenden de la propiedad intelectual y las responsabilidades atribuibles a cada parte, sino como base sobre la cual busca construir una regulación más extensa y más estricta. Instó a Chile a adherirse a diversos tratados internacionales: (a) la Convención Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (1991); (b) el Tratado sobre Derechos de Marcas (1994); y (c) el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite (1974). Destacamos que en el mismo acuerdo regula extensamente ciertas situaciones en miras de aclarar situaciones concretas y evitar posibles burlas o perjuicios a titulares de una patente.

Apunta hacia un mayor resguardo de las marcas de fábrica o comercio y de autor: En lo relativo a marcas de comercio, lo vemos respecto a marcas notoriamente conocidas o cualquiera que se vea afectada por otra que pueda producir confusión o error respecto de las primeras. En este caso se admite suprimir cualquier patente otorgada si cae dentro de esta situación. Sobre indicaciones geográficas, se establece que se rechazarán aquellas que sean confusamente similares a una solicitud de marca de fábrica o de comercio preexistente, por tanto, vemos que en este caso se le otorga mayor resguardo en una posible pugna a una marca comercial que a una indicación geográfica, interesante, considerando que en anteriores TLCs lo primordial era resguardar justamente lo contrario, las indicaciones geográficas por sobre todo.

En el caso de la clasificación de productos y servicios, las partes no se obligan, pero apuntan a regirse bajo la clasificación de Niza. Agregando un elemento destacable, el hecho de que algún servicio o producto sea considerado similar o diferente por otra publicación o registro no obliga a las partes a respetarlo, incluso si así lo estuviera en la clasificación de Niza. Por lo tanto, si bien rescata lo establecido en el tratado anteriormente mencionado, podrán las partes, si así lo consideran oportuno, rechazar la clasificación hecha bajo la lupa de

este mismo. Respecto a los derechos de autor, los plazos de protección que se establecen son sustancialmente mayores, el plazo llega hasta los 70 años y no a los 50 años, que son los que rigen en el ADPIC.

Insta a la creación de procedimientos y servicios públicos más eficientes para el resguardo de la propiedad intelectual: Lo más llamativo son los compromisos concretos en cuanto a la forma que deberán tener los procedimientos. Esto, a su vez, es más estricto que otros acuerdos comerciales, ya que reconoce que cada parte deberá hacerlo en conformidad a su legislación interna, pero las directrices de cómo deberán ser los procedimientos son más concretas. El tratado establece la necesidad de que el rechazo de una inscripción por parte de la autoridad sea notificado por escrito o medios electrónicos a quien lo solicite, expresando los fundamentos que llevaron a dicha determinación. Busca minimizar posibles casos de arbitrariedad por parte de las autoridades competentes. Se reconoce la posibilidad de impugnar una negativa inicial por parte de la autoridad, no llegando necesariamente a instancias judiciales, pero si la negativa por parte de la autoridad subsiste siendo o no fundada, se reconoce el derecho a poder encaminar el reclamo por vía judicial. Al revisar el TLC con Estados Unidos queda de manifiesto que la posición del Estado suscriptor con Chile entiende que para el resguardo a la propiedad intelectual no basta con los tratados, y a su vez son necesarias ciertas reformas dentro del sistema chileno, que permitan un eficiente control por parte de la autoridad para resguardar estos derechos.

### 3.6 TLC EFTA

Tratado de Libre Comercio entre Chile y los países integrantes del EFTA (Suiza, Noruega, Liechtenstein, Islandia), fue suscrito el 26 de junio de 2003. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 4. La regulación en este acuerdo se limita a reiterar que son los ADPIC y distintos tratados suscritos entre las partes los que regirán dicha materia. Reitera la necesidad de que no exista discriminación entre las partes y establece que ante cualquier duda sobre la aplicabilidad de dichos acuerdos se llevará a cabo un comité en conjunto para resolver el asunto en su momento. Por ende, vemos que en este caso las partes establecen que se regirán por las normas comunes de derecho internacional aprobadas por los países pactantes del acuerdo económico.

### 3.7 TLC Japón

Acuerdo de Asociación Económica Estratégica con Japón fue suscrito el 27 de marzo de 2007. El tema de propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 13. En el presente acuerdo las partes reiteran la vigencia del ADPIC y cualquier otra convención ratificada y vigente entre las partes, por lo que la regulación en definitiva se regirá por los diversos tratados suscritos por las partes.

Enfatiza que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual no caiga en abusos por parte de sus titulares y que restrinja injustificadamente el comercio. Se señala la necesidad de ciertas reformas para asegurar el cumplimiento de dichos compromisos. Una vez más, se insta a Chile a llevar a cabo reformas que establezcan procesos veloces y transparentes para resguardar dichos derechos, como a su vez determinar los montos de compensación necesarios para subsanar los daños causados al titular. Menciona también la necesidad de que las aduanas de ambos países tengan la libertad de poder suspender el ingreso o salida de productos que puedan vulnerar dichos derechos. Se instó a Chile a ratificar el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, el cual busca que la producción agrícola respete los derechos de patente que los titulares tengan sobre ciertas semillas. En conclusión, se regirá bajo tratados internacionales, pero instando a que Chile modifique su reglamentación procesal interna para poder cumplir dichos compromisos.

### 3.8 ACE Mercosur

Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y los países miembros del MERCOSUR (Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay), fue suscrito el 25 de junio de 1996. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el título XVII. Se limita a decir que se regirá por el ADPIC, sin agregar ni enfatizar punto alguno.

### 3.9 TLC México

Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estado Unidos Mexicanos, fue suscrito el 17 de abril de 1998. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 15. Respecto a la regulación, se remite íntegramente a los diversos tratados que traten sobre la materia; el aporte o diferencia que llama la atención es la extensión de los compromisos de carácter procesal que las partes han pactado. Pareciese existir una gran preocupación de que se demande por propiedad intelectual por el solo hecho de causar perjuicios o entrabar al otro. Es por ello que enfatiza el punto de que los sujetos pasivos de una demanda puedan exigir indemnización a quien los interpeló judicialmente si su acción no prospera. Esto se debe interpretar como una búsqueda a limitar la posibilidad que los titulares demanden, dado que deberán considerar el costo que esto puede tener si no prospera. Incluso se admite la piratería siempre que sea en pequeñas cantidades y de montos insignificantes. Las partes buscan desproteger el derecho de propiedad intelectual en beneficio del comercio. Se entiende de todas maneras que entre las partes la preocupación en este capítulo se centró en las denominaciones de origen, dejando las demás materias a cargo de otros cuerpos legales.

### 3.10 AAE P4

Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica entre Chile, Brunei Darussalam, Nueva Zelanda y Singapur, fue suscrito el 18 de julio de 2005. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el capítulo 10. Se reafirman los derechos y obligaciones que ambas partes tienen en virtud del ADPIC y sus demás derivados. Busca la cooperación de los Estados e intercambio de información para llevar a cabo reformas al registro de patentes o cualquier otra materia de importancia para la propiedad intelectual, sin establecer metas ni directrices claras. La extensión del capítulo se dedica en gran parte a establecer las denominaciones de origen de los países pactantes.

### 3.11 AAE UE

Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y la República de Chile, fue suscrito el 18 de noviembre de 2002. El tema de la propiedad intelectual se encuentra reglamentado en el título VI. En el acuerdo con la Unión Europea no se analizó la regulación en sí, se mencionó simplemente que estaría a cargo de los distintos tratados internacionales celebrados entre las partes, listándolos en dicho acuerdo. Se enfatizó más bien en el apoyo y distintas asesorías sobre técnicas de administración, de infraestructura, de administración y legislativas que Europa le brindaría a Chile para poder llevar a cabo las reformas necesarias para una adecuada protección a la PI. En este caso, al igual que en la mayoría de los acuerdos, son los distintos tratados sobre PI los que regularán aquella materia en forma específica.

Al revisar los distintos acuerdos económicos, se observa que existe cierta uniformidad respecto a que serán los tratados internacionales sobre propiedad intelectual los que regularán dicha materia, siendo el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) el que sirve de regla base o mínima para todos por igual. El problema se suscita al tratar temas específicos, dado que de este tratado han surgido un sinnúmero de compromisos anexos que regulan de manera más extensa y que buscan un mayor grado de uniformidad entre las legislaciones, pero que en la práctica no están siendo implementados por la mayoría de las economías. La preocupación entre las economías más avanzadas (no necesariamente las más grandes) para con Chile es que entienden que el problema ya no es propio de la falta de normas, dado que los tratados existen, sino que deben ser las reformas internas y cambios de políticas públicas que debe llevar a cabo Chile para poder tener control adecuado sobre la materia, los que deben ser implementados. Hasta qué punto beneficia esto a Chile es lo que debe discutirse, y no deja de ser relevante que la segunda economía más grande del mundo, China, es parte del ADPIC, pero se muestra reacia a formar parte del resto de los acuerdos o convenios, dado que entiende que sus exportaciones dependen en gran parte de la inobservancia de

dichas reglas para mantener la competitividad que poseen. Chile, por su parte, al analizar los distintos acuerdos económicos, no tiene un objetivo claro. Con EEUU, Australia y Japón se compromete a suscribir distintos tratados, que al ser aprobados pasan a ser letra muerta en gran parte, por no existir las normas internas que permitan un cumplimiento de lo establecido en las convenciones, por un lado, y por otro, la falta de recursos y medios técnicos para llevar a cabo una política pública (en la práctica inexistente) de combatir las infracciones a los derechos derivados de la propiedad intelectual.

#### **4. Comercio internacional y propiedad intelectual: ideas finales**

Es interesante observar la forma en que algunos tratados de libre comercio suscritos por Chile han integrado el tema del derecho de la propiedad intelectual. Como se ha señalado, esto ha sido una opción, ya que perfectamente podría haber sido posible no considerar estas materias en un TLC y regularlas en otro tratado internacional, o atenerse a lo estipulado por los tratados internacionales sobre propiedad intelectual. También es interesante observar la diversidad de aproximaciones a la mencionada regulación. En efecto, varios tratados de libre comercio sencillamente se remiten a la normativa internacional existente, mientras que otros intentan ir algo más allá. El tratado con Estados Unidos se encuadra dentro de esta última categoría. El comercio internacional y la propiedad intelectual no deben ser vistos como antagonistas. Por el contrario, ambos pueden ser mutuamente complementarios y sinérgicos. El resguardo de uno no necesariamente debe ser a costa del otro, pero lo que se debe tener presente es que la propiedad intelectual fue inventada como un incentivo a la creación, no como un fin en sí. Considerando el nivel de desarrollo de la economía chilena es que parece razonable postular que el régimen por el cual deberá optar Chile es aquel que debe reconocer que gran parte de la población solo tiene acceso a ciertas tecnologías y servicios necesarios por la inobservancia de unos u otros de materias de propiedad intelectual. No cabe duda alguna que dado el intercambio comercial, es y serán, con mayor medida en el futuro, las normas de derecho internacional las que definan el régimen jurídico y sistema de resguardo hacia la propiedad industrial que tendrá Chile. Chile debiera tomar una postura respecto a sus verdaderas posibilidades e intenciones para dar cumplimiento a dichas obligaciones. Ejemplo reciente de esto es el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, el cual Chile ratificó por existir un compromiso con Japón, pero no existen las normas internas necesarias ni intención de llevar a cabo las reformas mínimas para dar cumplimiento a las obligaciones que emanan de dicho cuerpo. Se debe reconocer que una regulación excesiva limitaría no solo el intercambio comercial, sino también el acceso a la tecnología y ciertos servicios en gran parte de la población. Una regulación y control eficaz como nos exige Estados Unidos y a que Chile se comprometió, requiere una significativa inversión de



recursos económicos y humanos. Se discute si es beneficioso en un tiempo en que la prosperidad depende tanto de la innovación, optar por un régimen de patentes que no solo no logra cumplir y justificar su función de incentivar a la innovación, sino más bien la dificulta. En nuestro país el cumplimiento tajante de lo establecido en las posturas más exigentes en cuanto a la defensa de la propiedad intelectual podrían causar dificultades a los agricultores, productores y al consumidor chileno. Los creadores de dicha tecnología apuntan a los mercados que ya están en una situación de desarrollo económico para dar cumplimiento a las reglas a que apuntan.

En síntesis, el derecho de la propiedad intelectual se encuentra presente en varios de los tratados de libre comercio suscritos con Chile. Todos ellos apuntan a la idea de respetar y cumplir las normas de propiedad intelectual contenidas en los tratados internacionales que regulan la materia y algunos van un poco más allá, como es el caso del tratado firmado con Estados Unidos.

## **Bibliografía**

### **Normas jurídicas nacionales**

Ley N° 18.455, Fija normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, deroga libro I de la Ley N° 17.105, Diario Oficial de 11 de noviembre de 1985.

Ley N° 19.039, Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial, Diario Oficial de 25 de enero de 1991.

Ley N° 19.223, Tipifica figuras penales relativas a la informática, Diario Oficial de 7 de junio de 1993.

Ley N° 19.342, Regula derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, Diario Oficial de 3 de noviembre de 1995.

Ley N° 20.169, Regula la competencia desleal, Diario Oficial de 16 de febrero de 2007.

Ley N° 20.254, Crea el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, Diario Oficial de 14 de abril de 2008.

Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, Diario Oficial de 2 de octubre de 1970, modificada el 4 de mayo de 2010.

Ley N° 20.243, Establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, Diario Oficial de 5 de febrero de 2010.

Decreto N° 464, del 14 de diciembre de 1994, Zonificación vitícola y denominación de origen, Diario Oficial de 26 de mayo de 1995.

Decreto 521, del 30 de diciembre de 1999, Denominación de origen Pisco, Diario Oficial 27 de mayo de 2000.

Decreto Supremo 235, del 25 de agosto de 2005, Aprueba reglamento de la Ley N° 19.039 de propiedad industrial.

### **Convenciones Internacionales**

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Entrada en vigencia el 5 de junio de 1970.

Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1974.

Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas, contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas. Entrada en vigor el 24 de marzo de 1977.

Tratado de Nairobi sobre la Protección del Símbolo Olímpico. Entrada en vigor el 14 de diciembre de 1983.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Entrada en vigor el 14 de junio de 1991

Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Entrada en vigor el 31 de diciembre de 1999.

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sobre interpretación o ejecución de fonogramas. Entrada en vigor el 20 de mayo de 2002.

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor. Entrada en vigor el 6 de marzo de 2002.

Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). Entrada en vigor el 2 de junio de 2009.

Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT). Entrada en vigor el 5 de agosto de 2011.

Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes. Entrada en vigor el 5 de agosto de 2011.

Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite. Entrada en vigor el 8 de junio de 2011.

Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones Sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Entrada en vigor el 29 de septiembre de 1999.

Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas.

Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas

Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales

Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales Ginebra

### **Tratados de Libre Comercio**

Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Chile y de Australia, suscrito el 30 de julio de 2008. Vigente desde el 6 de marzo de 2009.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular China, suscrito el 18 de noviembre de 2005. Vigente desde el 1 de octubre de 2006.

Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Corea, suscrito el 15 de febrero de 2003. Vigente desde el 1 de abril de 2004.

Acuerdo de Alcance Parcial entre Chile y Cuba, suscrito el 20 de diciembre de 1999. Vigente desde el 27 de junio de 2008.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, adoptado el 6 de junio de 2003. Vigente desde 1 de enero de 2004.

Tratado de Libre Comercio entre Chile y los países integrantes del EFTA (Suiza, Noruega, Liechtenstein, Islandia), suscrito el 26 de junio de 2003. Vigente desde 1 de diciembre de 2004.

Acuerdo de Asociación Económica Estratégica con Japón, suscrito el 27 de marzo de 2007. Vigente desde el 3 de septiembre de 2007.

Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y los países miembros del MERCOSUR (Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay), suscrito el 25 de junio de 1996. Vigente desde el 1 de octubre de 1996.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estado Unidos Mexicanos, suscrito el 17 de abril de 1998. Vigente desde el 31 de julio de 1999.

Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica entre Chile, Brunei Darussalam, Nueva Zelanda y Singapur, suscrito el 18 de julio de 2005. Vigente desde el 8 de noviembre de 2006.

Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y la República de Chile, suscrito el 18 de noviembre de 2002. Vigente desde el 1 de febrero de 2003.

### **Textos doctrinarios**

CAMPUSANO DROGUETT, RAÚL F. "La Opción y Modalidades de Integración de la Variable Ambiental en Tratados de Libre Comercio". En *Actualidad jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año X, volumen 21, enero 2010.

CAMPUSANO DROGUETT, RAÚL F. "Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC". Coautor: Pablo Romero Z. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año IX, volumen 19, enero 2009.

CAMPUSANO DROGUETT, RAÚL F. "La Institucionalidad Ambiental derivada de los Acuerdos Comerciales firmados por Chile y su relación con la Organización Mundial de Comercio y con la Institucionalidad Ambiental Nacional". En *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental. Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario*. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, octubre 2006.

CAMPUSANO DROGUETT, RAÚL F. "El Tratado de Libre Comercio Chile-Corea". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Francisco Carvajal. Año VI, volumen 11, enero 2005.

CAMPUSANO DROGUETT, RAÚL F. "Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año IV, volumen 7, enero 2003.

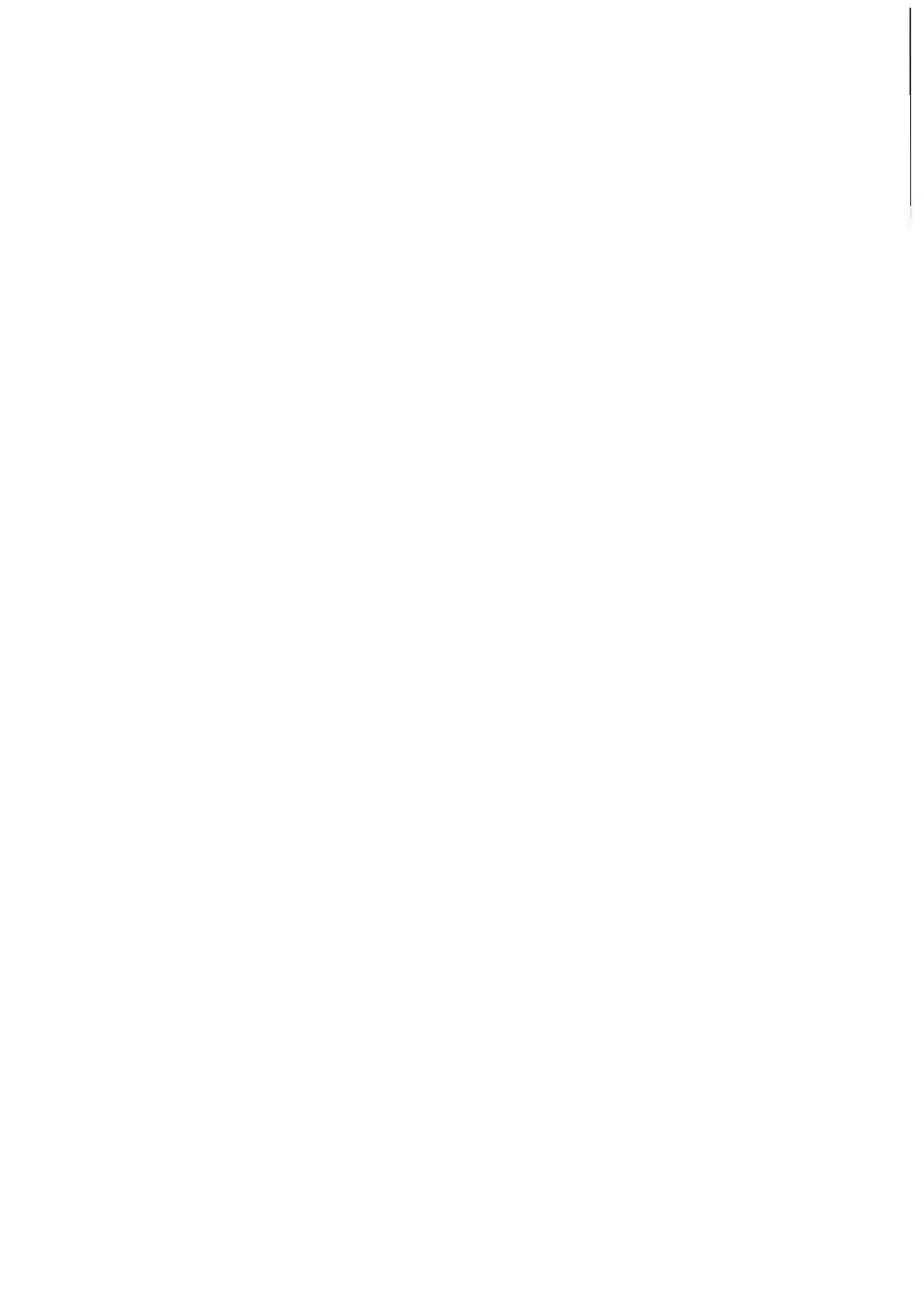
CAMPUSANO DROGUETT, RAÚL F. "Aspectos Internacionales sobre la Confidencialidad de la Información en el Contexto de los Derechos de Propiedad Intelectual y Biotecnología". En *Revista de Derecho*. Universidad de Concepción, Concepción. XXXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público. N° 212, Volumen II, Año LXX, noviembre 2002.

OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL. "La Libre Competencia y la Propiedad Industrial" *Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, [online] Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=588&Itemid=118](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=588&Itemid=118)

SCHMITZ VACCARO, CHRISTIAN. "Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses". *Revista chilena de derecho*. [online] v.36. n.2 Santiago ago. 2009. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200006&script=sci_arttext)

FERRANDIZ, PABLO. "Propiedad intelectual y legislación internacional". *Revista Mosaic* [online] oct. 2005. Disponible en: <http://mosaic.uoc.edu/2005/10/06/propiedad-intelectual-y-legislacion-internacional/>

MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL. "Armonización de la propiedad industrial en el Mercosur" [online] Disponible en: <http://www.derechocomercial.com/Doctrina/armoniza.pdf>







# **Análisis Jurisprudencial**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional<sup>1</sup>**

COMENTARIO DE:

**Camila Boettiger Philipps**

Abogado

Licenciada en Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesora Investigadora y de Derecho Ambiental y Recursos Naturales

Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

## **Introducción**

El Tribunal Constitucional ("TC") tuvo la ocasión de referirse al Catastro Público de Aguas ("CPA") en una sentencia recaída en una acción de inaplicabilidad<sup>2</sup> que impugnaba una de las normas que regulan este registro. A propósito de este fallo, y además de exponer las consideraciones más relevantes del TC sobre la obligación de los usuarios de inscribir sus derechos de aprovechamiento de aguas en dicho registro, se revisarán los aspectos principales de este Catastro, su función y utilidad, los problemas que presenta y algunas propuestas para mejorarlo.

## **I. El Catastro Público de Aguas (CPA)**

### **1. Regulación general del CPA**

El CPA es un registro administrativo<sup>3</sup> a cargo de la Dirección General de Aguas (DGA), en el que debe constar toda la información que tenga relación con las

<sup>1</sup> Se hace presente que parte del estudio del CPA y las propuestas de cambio a éste fueron elaboradas para un informe para el Centro de Información de Recursos Hídricos en el marco del Convenio entre la Dirección General de Aguas y la Universidad del Desarrollo. Además quiero agradecer la labor de Natalia Fajardo Arellano, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en la elaboración de este trabajo.

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009.

<sup>3</sup> Esta característica del CPA se señala para diferenciarlo del Registro de Propiedad de Aguas que llevan los Conservadores de Bienes Raíces, cuya función es distinta a la del CPA: la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces da garantía y prueba de la posesión del derecho de aprovechamiento. ARÉVALO (2011) p. 550.

aguas, las obras para su aprovechamiento, los derechos constituidos sobre ellas y las organizaciones de usuarios.

Su regulación se encuentra, a nivel legal, en los artículos 122, 122 bis, 129 bis 12, 157, 171, 196, 263, y 294 del Código de Aguas ("CA"), que lo mencionan al tratar ciertos actos o instituciones del Derecho de Aguas, contemplando su inclusión en este registro: derechos de aprovechamiento, obras, y organizaciones de usuarios. A nivel reglamentario, el artículo 122 del CA mandata la dictación de un reglamento que regule este registro, el cual se encuentra contenido actualmente en el D.S. MOP N° 1.220 de 1998, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas (el "Reglamento"). Por último, a nivel administrativo, la Resolución D.G.A. N° 980 de 1995 encargó el desarrollo y operación de este registro al Centro de Información de Recursos Hídricos ("CIRH"), departamento de la DGA creado para administrar y sistematizar toda la información disponible sobre los recursos hídricos y su aprovechamiento.

## 2. Funciones y utilidad del CPA

La creación de este registro administrativo tenía por objetivo facilitar la función pública de la DGA de administración y planificación de las aguas en Chile, de manera que este organismo contara con información suficiente, completa y comprobable sobre el recurso hídrico y sus usos.

Sus finalidades, de acuerdo a lo declarado en el Reglamento, son: lograr un inventario completo del recurso en el país, sobre el cual basar la aplicación de políticas públicas; otorgar mayor transparencia a la gestión de la DGA; y permitir a cualquier interesado acceder en forma oportuna y eficiente a toda la información relacionada con el recurso hídrico.

Este registro debería ser completo y exhaustivo en cuanto a la información contenida en él, de manera de poder servir cabalmente a estas funciones. En este sentido, se ha hecho notar la diferencia entre este registro y el Registro de Propiedad que llevan los Conservadores de Bienes Raíces, por cuanto en ellos sólo constaría cierta información legal respecto de los derechos de aprovechamiento, y aunque parezca redundante, sólo de los derechos inscritos. Esto porque existe una alta proporción de derechos y usos sobre el agua en nuestro país que no están inscritos en los Conservadores de Bienes Raíces, pero que, dado el carácter técnico y la finalidad del CPA, estos derechos o usos podrían consignarse de alguna manera en él, para que la autoridad y otros interesados puedan conocer su existencia y tomar decisiones con la mayor cantidad de información técnica y legal disponible<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ARÉVALO (2001) pp.551-552. En el mismo sentido, y dando ejemplos de la utilidad que puede prestar un registro exhaustivo y completo sobre el uso y derechos sobre las aguas en nuestro país, véase VERGARA (1998) pp. 73-75.

### 3. Estructura y registros del CPA

De acuerdo a su reglamentación, en el CPA pueden registrarse todos los datos, individualización de actos y otros antecedentes o informes que digan relación con las aguas, las obras de desarrollo del recurso, los derechos de aprovechamiento, los derechos sobre ellos y las obras que se construyan para aprovecharlos; todo ello puede ser incluido en este registro. Ahora bien, el tipo de archivo, registro o inventario a través del cual se incluya esta información es determinado por el Reglamento.

Concretamente, el Código de Aguas menciona en forma explícita los siguientes registros: a) Registro Público de Derechos de Aprovechamiento (artículo 122 CA); b) Registro Público de Derechos de Aprovechamiento No Inscritos en los Registros de Agua de los Conservadores de Bienes Raíces Susceptibles de Regularización en virtud del artículo 2° Transitorio (artículo 122 CA<sup>5</sup>); c) Registro de Organizaciones de Usuarios (artículos 196 y 263 CA); d) Registro de Derechos Reales sobre los Derechos de Aprovechamiento (artículo 122 CA); e) Registro de Obras (artículo 157 y 171 CA); f) Registro de Obras Hidráulicas Mayores (artículo 294 CA); y g) Registro de Obras de Desarrollo del Recurso (artículo 122 CA)<sup>6</sup>.

En cuanto a la estructura del registro, de acuerdo al artículo 42 del Reglamento, el CPA está conformado por una base de datos computacional. Esta misma norma exige que el registro contenga cierta información mínima (número de inscripción, datos del titular, datos de las escrituras o documentos que justifican el derecho, ubicación, coordenadas de puntos de captación y restitución, y en su caso, organización de regantes o Junta de Vigilancia a que pertenezca el titular del derecho respectivo)<sup>7</sup>. Por otro lado, el artículo 7° del Reglamento exige que el Registro Público de Organizaciones de Usuarios se componga de 6 libros, foliados y numerados, lo que le exige un formato especial.

<sup>5</sup> Este fue agregado por la reforma de la Ley 20.017 de 2005.

<sup>6</sup> Complementariamente, el artículo 5° del Reglamento establece que el CPA está constituido por los siguientes Registros, Archivos e Inventarios: i) Registro Público de Organizaciones de Usuarios; ii) Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas; iii) Inventario Público de Extracciones Autorizadas de Aguas; iv) Inventario Público de Obras Hidráulicas; v) Inventario Público de Información Hidrológica y Meteorológica; vi) Inventario Público de Obras Estatales de Desarrollo del Recurso y Reservas de Aguas; vii) Inventario Público de Extracciones Efectivas de Aguas; viii) Inventario Público sobre Información de Calidad de Aguas; ix) Inventario Público de Cuencas Hidrográficas y Lagos; x) Archivo Público de Jurisprudencia Administrativa y de Normas sobre Calidad de Aguas; xi) Registro Público de Roles Provisionales de Usuarios; xii) Registro Público de Solicitudes; xiii) Registro Público de Vertidos de Residuos Líquidos en Fuentes Naturales de Aguas; xiv) Archivo Público de Estudios y Archivo Público de Informes Técnicos; y xv) Inventario Público de Glaciares.

<sup>7</sup> Además de las menciones exigidas por este artículo, los artículos 6° a 29 del Reglamento detallan otras menciones específicas según el Registro o Archivo de que se trate.



De esta manera, el CPA debe mantener un registro computacional, libros especiales y archivo de documentos escritos de respaldo de toda la información que le exige mantener el CA y el Reglamento.

#### 4. Publicidad del CPA

Es un principio de todo registro su publicidad, sin la cual "el registro se desvirtuaría o dejaría de cumplir su función y por tanto su razón de ser"<sup>8</sup>. Y también como principio, debe tenerse presente que como regla general toda información elaborada por organismos estatales debe estar disponible al público<sup>9</sup>, salvo excepciones justificadas. Específicamente, el artículo 4° del Reglamento del CPA establece que la información contenida en él es pública en lo "referente a la individualización de todos los antecedentes que existan consignados en él", y que la DGA debe entregar a petición de cualquier persona copia de las inscripciones o certificados que se le soliciten, pudiendo cobrar por la prestación de tal servicio.

Es evidente que la publicidad de la información contenida en el CPA permite que éste cumpla la función que debería cumplir: servir de base a decisiones tanto de la autoridad competente, la DGA, como de los demás usuarios del recurso hídrico.

#### 5. Fuentes de información del CPA

La principal fuente de información del CPA es **interna**: es la propia DGA, a través del registro de sus resoluciones de constitución y modificación de derechos de aprovechamiento, autorización de obras, cambios de puntos de captación, traslados de derechos, etc.

Pero la información relativa a la constitución, modificación, transferencia, perfeccionamiento, regularización, traslado, o cualquier otro acto respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, puede provenir, de acuerdo a la legislación vigente, no sólo de la DGA, sino también de fuentes externas, tales como otras autoridades administrativas o judiciales, de funcionarios auxiliares de la administración de justicia, o de los propios usuarios y titulares de derechos de aprovechamiento. Algunas de estas fuentes externas tienen la obligación legal de enviar la información concerniente a los derechos de aprovechamiento a la DGA, pero otras no. Sintéticamente, estas posibles **fuentes externas** de información pueden ser las siguientes:

- Los titulares de derechos de aprovechamiento deberían inscribir su derecho de aprovechamiento en el CPA; la sanción por la falta de inscripción es no

<sup>8</sup> ARÉVALO (2001) p. 548.

<sup>9</sup> Artículo 5° de Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

poder realizar respecto de ellos acto alguno ante la DGA o la SISS<sup>10</sup> (artículo 122 inciso 7º del CA).

- Las organizaciones de usuarios deben enviar el listado de usuarios registrados en la respectiva organización (Registro de Comuneros), y notificar de la mutación de dominio de los derechos de aprovechamiento e incorporación de nuevos derechos. Deben enviar dicho Registro actualizado una vez al año, antes del 31 de diciembre. La sanción por incumplimiento consiste en que la DGA no recibirá registros de modificaciones estatutarias o relativas a derechos de aprovechamiento de las organizaciones de usuarios que no cumplan con esta obligación (artículos 122 bis y 205 del CA).
- Los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces deben enviar copia autorizada de las escrituras públicas, inscripciones y demás actos relacionados con transferencias y transmisiones de dominio de los derechos de aprovechamiento y organizaciones de usuarios, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto. Su incumplimiento puede ser sancionado disciplinariamente de acuerdo al Código Orgánico de Tribunales (artículo 122 inciso 4º del CA).
- El Servicio Agrícola y Ganadero ("SAG") dicta resoluciones que determinan y regularizan derechos de aprovechamiento provenientes de predios expropiados por las Leyes 15.020 y 16.640 (proceso de reforma agraria), las cuales se publican en el Diario Oficial, pero no hay obligación de informar a la DGA.
- Los Tribunales de Justicia dictan sentencias en procesos de regularización de derechos inscritos y no inscritos en los Conservadores de Bienes Raíces, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1º y 2º transitorio del CA; sin embargo, no hay obligación legal en estos casos de enviar información a la DGA, a pesar que ésta participa, al menos en uno de los procedimientos, en la etapa administrativa de la regularización y emite un informe técnico.
- Los Tribunales de Justicia también dictan sentencias en los juicios de perfeccionamiento<sup>11</sup> que deben tramitarse de acuerdo al artículo 46 del Reglamento, ya que el artículo 44 del mismo establece que los títulos de derechos de aprovechamiento que se encuentren incompletos, por no indicarse en ellos las características esenciales de los derechos, deberán previamente perfeccionarse para poder inscribirlos en el CPA. Pero, al igual que en el caso de las regularizaciones, no hay obligación de informar a la DGA de los resultados de estos juicios.

<sup>10</sup> Superintendencia de Servicios Sanitarios.

<sup>11</sup> Para mayores detalles del juicio de perfeccionamiento, véase ARÉVALO (2001) pp. 554-558 y BALTRA (2002).

## 6. Dificultades que afectan la información disponible en el CPA

Luego de revisadas las principales características y normas que regulan este registro, a continuación haremos algunas observaciones sobre dificultades que en la práctica se han dado para hacer realidad un CPA exhaustivo, completo y fácilmente accesible para los usuarios.

- La información que exigen los artículos 42 y 45 del Reglamento<sup>12</sup> para la inscripción en el CPA, y la que exigen las inscripciones de los Conservadores de Bienes Raíces de acuerdo al artículo 119 del CA<sup>13</sup> no es la misma, lo que puede provocar vacíos o falta de información en el registro, más aún si desde la reforma del 2005 se espera que el CPA se nutra de información de las copias que deben enviarle Notarios y Conservadores.
- Muchos derechos de aprovechamiento existentes no tienen definidas expresamente las características esenciales que exige el artículo 45 del Reglamento y sin las cuales no pueden ser incluidos en el CPA. Para determinarlas, los titulares de los derechos de aprovechamiento deben iniciar un procedimiento judicial de "perfeccionamiento de títulos", que es largo, costoso, de incierto resultado y con poca intervención de la DGA como organismo técnico<sup>14</sup>.
- Existe un vacío y falta de información en relación a muchos derechos de aprovechamiento existentes en nuestro país, al no incluirse en el CPA o hacer un seguimiento de las causas de regularización de derechos seguidas ante los tribunales de justicia o el SAG que dan origen a nuevos títulos o reconocimiento de derechos.

En suma, el CPA se encuentra incompleto y desactualizado, faltando muchos derechos de aprovechamiento por inscribirse en él por distintas razones, como las descritas arriba, entre otras<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Dicho artículo establece como características esenciales de cada derecho de aprovechamiento de aguas las siguientes: nombre del titular, álveo o ubicación del acuífero, provincia en que se sitúe la captación y restitución, caudal, características de otorgamiento o reconocimiento de acuerdo a la clasificación establecida en el artículo 12 del CA (derecho consuntivo o no consuntivo; de ejercicio permanente o eventual; o de ejercicio continuo, discontinuo o alternado).

<sup>13</sup> Las inscripciones en los Conservadores de Bienes Raíces deben contener, de acuerdo con este artículo, lo siguiente: nombre del dueño del derecho de aprovechamiento, individualización del canal de donde se extraen las aguas de la corriente natural, ubicación de su bocatoma o individualización de la captación de aguas subterráneas y ubicación de su dispositivo, indicaciones de los títulos de la comunidad u organización de usuarios a que estén sometidos los derechos de agua, y la forma en que estos derechos se dividen entre los usuarios de la obra, si fueren varios.

<sup>14</sup> BANCO MUNDIAL (2011): pp. 50-51.

<sup>15</sup> BANCO MUNDIAL (2011): pp. 48-49.

## II. La sentencia del Tribunal Constitucional

### 1. Resumen de la acción de inaplicabilidad

Pasaremos ahora a revisar la sentencia del TC. Se solicitó declarar inaplicable, por inconstitucional, el inciso séptimo del artículo 122 del CA, que es el que exige el certificado de inscripción de los derechos de aprovechamiento en el CPA para realizar cualquier acto relativo a ellos ante la DGA o la SISS. El requirente, titular de derechos de aprovechamiento de aguas, formuló una solicitud a la DGA para cambiar la naturaleza y el punto de captación de su derecho. La solicitud fue rechazada por la DGA, por lo que interpuso un recurso de reconsideración, el que también fue desestimado, y luego dedujo el recurso de reclamación del artículo 137 del CA, que constituye la gestión judicial invocada para deducir la acción de inaplicabilidad.

Dado que el rechazo a la solicitud se fundamentó en que no acompañó el certificado de inscripción de los derechos de aprovechamiento en el CPA, exigido por el artículo 122 del CA, se alegó que este registro administrativo tiene un objetivo meramente interno y de orden, ya que no reemplaza a los Registros de Aguas que mantienen los Conservadores de Bienes Raíces, los cuales sí acreditan propiedad; que la obligación de mantener el CPA nunca ha sido cumplida por la DGA, siendo un hecho que no está al día y es incompleto; y que la obligación de mantener el registro fue trasladada a los particulares, al establecerse en el CA<sup>16</sup> el deber de los titulares de derechos de aprovechamiento de inscribirse en él, con la sanción de no poder formular peticiones ante la autoridad mientras no se cumpla con la inscripción.

El actor sostuvo que la aplicación del precepto impugnado infringía la garantía constitucional del derecho de propiedad, en cuanto a los incisos primero, segundo y final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República ("CPR"), así como la garantía del contenido esencial del mismo (artículo 19 N° 26 de la CPR), y el derecho de petición (artículo 19 N°14 de la CPR), "porque limita la facultad de presentar peticiones a la autoridad más allá de lo que fija la Carta Fundamental, porque limita la propiedad que sus titulares tienen

<sup>16</sup> Este mecanismo de hacer obligatoria la inscripción en el CPA fue introducido el año 2005 por la Ley N° 20.017, a lo cual la Ley N° 20.099 agregó la prohibición de celebrar actos y formular peticiones ante determinadas autoridades. Anteriormente, la regulación del CPA era bastante menor y quedaba más entregada al Reglamento, el que en todo caso en 1998 estableció en su artículo 32 que "La Dirección General de Aguas no recepcionará solicitud alguna relativa a los derechos de aprovechamiento de aguas... autorizaciones para la construcción, modificación, cambio o unificación de bocatomas... obtener la autorización de traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento...; o en general, cualquier solicitud relacionada con su derecho..., a menos que los interesados exhiban copia autorizada del registro respectivo en el Catastro Público de Aguas". Por lo que en la práctica, esta obligación de inscripción y sanción por no hacerlo ya estaba incorporada, al menos reglamentariamente, al sistema del CPA.

sobre los derechos de aprovechamiento de aguas fuera de los casos en que la Constitución permite hacerlo, y porque impone condiciones y requisitos que impiden el libre ejercicio de dichos derechos"<sup>17</sup>. Esto ya que, en su concepto, no concurrían los supuestos de utilidad pública, interés nacional calificado por el legislador o función social que permitieran afectar su derecho de acuerdo al estatuto constitucional de la propiedad. Y que, a pesar de estar reconocido su derecho de dominio sobre su derecho de aprovechamiento, se le impedía tramitar solicitudes ante la autoridad<sup>18</sup>.

## 2. Decisión y razones del TC

EL TC rechazó la acción de inaplicabilidad, luego de hacer el siguiente razonamiento:

Primero, el TC identifica la obligación de inscripción en el CPA como una carga: "Puede apreciarse, por consiguiente, que el deber que impone la norma impugnada a los titulares de derechos de aprovechamiento es técnicamente una carga o gravamen que recae sobre el titular de un derecho y cuyo incumplimiento impide a las personas obligadas a satisfacerlo el ejercicio del derecho de que son titulares"<sup>19</sup>.

En segundo lugar, dicha carga, que puede formar parte del sistema regulatorio de una actividad o ejercicio de un derecho, "...para ajustarse a la Constitución, debe aprobarse por el órgano competente y respetar los límites que contempla la Carta Fundamental"<sup>20</sup>. El primero de estos requisitos sería la regulación del derecho en una norma legal, ya que "...Tratándose de derechos de aprovechamiento de aguas, sobre los cuales sus titulares tienen propiedad, la regulación de su uso, goce y disposición corresponde a la ley". Luego, dice el TC, "debe verificarse si el legislador, al regular el derecho o su ejercicio, ha respetado las exigencias de la CPR: en la especie, tratándose de una ley regulatoria del ejercicio de un derecho, no debe afectar los derechos en su esencia y en su libre ejercicio"<sup>21</sup>.

Analizando concretamente la norma, el TC considera que la norma impugnada "es un precepto que, si bien impone un deber a los propietarios cuyo incumplimiento condiciona el ejercicio de facultades del dominio, tiene su justificación en exigencias de interés público, por lo que no merece el calificativo de arbitrario o caprichoso en su establecimiento, y además para su cumplimiento no impone exigencias desmesuradas que pudieran entenderse como impeditivas

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 3°.

<sup>18</sup> Según los Vistos en sentencia del Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 5°.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 6°.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 8°.



del libre ejercicio de un derecho”<sup>22</sup>. De hecho, el TC considera que la exigencia impuesta a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas “es de fácil satisfacción y se justifica para reunir toda la información relativa a los derechos de aprovechamiento de aguas, lo que, por una parte, permite a la Dirección ejercer en mejor forma sus atribuciones, y, por otra, favorece el conocimiento por toda persona interesada de los derechos existentes”<sup>23</sup>.

En cuanto a la justificación de la imposición, para el TC resulta “adecuado que la ley condicione la realización de actos que afecten a los derechos de aprovechamiento de aguas a su inscripción en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, pues si bien con esta exigencia se limita el ejercicio de los mismos, ella deriva de la función social que es inherente a la propiedad que se tenga sobre tales derechos”, y especialmente dada la condición de las aguas de bienes nacionales de uso público; por esta razón, para el TC “es indudable que los intereses de la colectividad, sean éstos considerados como intereses generales de la Nación o bajo el concepto de utilidad pública, son factores pertinentes y dignos de ser considerados al momento de otorgar o modificar derechos de aprovechamiento de aguas, como también al regular su ejercicio, pues tales derechos son derechos reales que recaen sobre las aguas y permiten un cierto uso o goce de ellas, según lo determine el acto de autoridad pertinente”<sup>24</sup>.

Finalmente, luego de descartar una infracción al derecho de propiedad y la garantía esencial de este derecho, desecha también la infracción al derecho de petición, ya que “en este caso la solicitud presentada fue recibida y considerada, aunque fuera finalmente rechazada, lo que no constituye por sí mismo una vulneración al derecho de petición”<sup>25</sup>.

### 3. Observaciones al fallo del TC

Nos parece claro el análisis que realiza el TC para determinar los requisitos que debe cumplir la regulación de un derecho como la propiedad y los límites a la forma de establecer las limitaciones: norma de rango legal, que no afecte el derecho en su esencia o impida su ejercicio, y que esté justificada en una causal constitucional. Pero al analizar en concreto la carga impuesta, su justificación y el alcance del gravamen impuesto a los titulares de los derechos de aprovechamiento, nos parece que faltó precisión en algunos conceptos o bien se mezclan otros.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 9°.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 10°.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 12°.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional (2011) Rol 1578-2009: Considerando 13°.

En cuanto a la identificación de la obligación de inscripción como una "carga", el TC se inclina por un concepto amplio de limitación<sup>26</sup>, que considera en este caso una obligación de hacer. En este caso, la obligación de inscribir el derecho de aprovechamiento en el CPA es mirada por el TC como una limitación al ejercicio del derecho, una carga, una restricción, o también como una condición para el ejercicio del derecho. No hace diferencias entre estos conceptos.

Donde creemos que faltó mayor análisis es en la apreciación de los efectos de la limitación, para ver si afecta o no la esencia o impide el ejercicio del derecho, simplemente se justifica la falta de arbitrariedad del deber impuesto por exigencias de interés público; y sin más considera que no es una exigencia desmesurada que sea impeditiva del ejercicio del derecho, sin ningún análisis particular o del caso concreto como ejemplo siquiera.

Luego, en la justificación de la imposición de la obligación se mezclan causales de la función social de la propiedad (intereses generales de la Nación o utilidad pública) con interés público<sup>27</sup>, basándolas en la naturaleza de bienes nacionales de uso público de las aguas.

Lo que sí creemos que es positivo es la identificación del interés público comprometido en este caso, que serían la función del CPA de servir como base para las decisiones de la autoridad al decidir sobre los derechos de aprovechamiento, justificando la exigencia de la inscripción como necesaria para reunir toda la información sobre estos derechos y las aguas sobre las que recaen.

#### 4. Contraste del fallo con la realidad del CPA

Nos parece que el caso que llegó al TC da cuenta de uno de los principales problemas del CPA: la falta de información actualizada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas existentes en nuestro país, que comprende tanto aquellos otorgados conforme al actual CA como los que son reconocidos expresamente por la CPR y que vienen de legislaciones anteriores, los cuales la mayoría de las veces no tienen los títulos ajustados a las exigencias del actual CA y el Reglamento del CPA. Ante esto, el legislador optó por obligar a los usuarios a inscribirse, y a los funcionarios auxiliares de la administración de justicia intervinientes en los actos de transferencia, transmisión, modificación, etc., de los derechos de aprovechamiento, a informar de ellos. Las obligaciones

<sup>26</sup> Un concepto amplio de limitaciones, que considera como sinónimo de restricciones positivas o negativas a un derecho, se encuentra en RAJEVIC (1996) p. 46: "aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de éste último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales".

<sup>27</sup> Para una distinción de los conceptos que integran las causales de la función social, y su distinción del interés social, véase RÍOS (1987) pp. 69-72.

jurídicas, para ser efectivas, deben tener una sanción o incentivo asociado<sup>28</sup>. En el caso de autos, el que reclama es un particular que consideró desmedida su obligación de inscribirse en un registro administrativo, cuyo incumplimiento no le permitía solicitar modificaciones al derecho del que era titular y aprovecharlo de la mejor manera posible.

El TC considera adecuada la carga de la inscripción en el CPA, considerándola de fácil cumplimiento. Efectivamente, es fácil si el título del derecho contiene todas las menciones que exige el CA, esto es, si fue otorgado después de 1981. Pero esto dista mucho de la realidad, en que muchos de los derechos que se quieren catastrar, a pesar de estar bien inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, no tienen las menciones que exige el artículo 45 del Reglamento del CPA. Estos titulares deben iniciar un juicio sumario ante los tribunales ordinarios de justicia, para que el juez "perfeccione" o complete sus títulos declarando o reconociendo (no otorgando, por cierto, pues el derecho ya existe) las características esenciales de dicho derecho. Estos juicios, en los cuales se demanda a la DGA, pero este organismo por regla general permanece ausente como demandado<sup>29</sup>, son largos y de incierto resultado, y dependen en buena parte del tribunal que los conozca. Por lo mismo, si bien nos parece que el análisis del TC es correcto en cuanto a que la obligación de inscribir el derecho en el CPA es una carga que puede imponerse a los titulares de los derechos de aprovechamiento en virtud del interés público asociado y propio de la utilización de un bien nacional de uso público, no puede desconocerse que esa carga se hace especialmente gravosa en el caso de los derechos cuyos títulos no contienen las menciones o características esenciales que exige el artículo 45 del Reglamento. Esto porque, a pesar de ser derechos plenamente reconocidos por la CPR y susceptibles de ser utilizados aprovechando las aguas que les corresponden, si quieren realizar alguna solicitud ante la autoridad encargada de las aguas territoriales, deben seguir un procedimiento judicial vagamente regulado en un reglamento (la obligación de perfeccionar no está en el CA, ni siquiera en un artículo transitorio) para adecuar sus títulos a la legislación vigente y proporcionar la información que la autoridad necesita.

Este caso está bien en las normas, pero en la práctica lo que se necesita es mejorar los procedimientos y sistemas de información relacionados con este registro, para que éste sea más completo y la carga de entregar la información necesaria se reparta adecuadamente entre las diferentes fuentes de la misma.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ (1999) pp.13-14.

<sup>29</sup> Para una crítica a la actitud pasiva de la DGA en estos juicios, véase BALTRA (2002) pp. 247-250.

### **III. Propuestas para mejorar la obtención de información para el CPA**

Aquí se describen las modificaciones legales o reglamentarias necesarias para que el CPA pueda contar con mayor información del universo total de derechos existentes, obtención de información necesaria de fuentes externas al DGA y facilitar el procedimiento de perfeccionamiento de títulos de derechos de aprovechamiento de aguas.

#### **1. Modificación del juicio de perfeccionamiento de títulos**

Es esencial que el mecanismo de perfeccionamiento realmente funcione si se quieren registrar todos los derechos existentes con sus características esenciales expresas. Actualmente el perfeccionamiento de títulos de derechos de aprovechamiento, procedimiento por el cual se completan los títulos de un determinado derecho que no contiene todas las características esenciales del mismo, consiste en un juicio sumario mediante el uso de las presunciones de los artículos 309 a 313 del CA. Consideramos que ese juicio de perfeccionamiento se podría simplificar de modo significativo implementando un procedimiento no contencioso, con una etapa administrativa ante la DGA (quien emitiría un informe técnico respecto a las características del derecho), y una etapa judicial ante el juez de letras del lugar, que declararía expresamente dichas características completando el título del derecho<sup>30</sup>. Este procedimiento sería similar al establecido para las regularizaciones del artículo 2° transitorio del CA (en el que salvo que existan oposiciones, es una gestión voluntaria o no contenciosa), evitando así el juicio simulado que hoy se utiliza para el perfeccionamiento, con los problemas y costos que éste acarrea. Así la DGA dejaría de ser demandada en el juicio, lo que la mayoría de las veces lo entorpece, y pasaría a actuar como organismo técnico que emite un informe que el tribunal debe tomar de base para la comprobación de los hechos que dan base a las presunciones respecto del uso, caudal, características, etc., del derecho que se perfecciona.

#### **2. Homologación de menciones de inscripciones en los Conservadores de Bienes Raíces y en el CPA con las de otorgamiento de derechos de aprovechamiento**

Sería conveniente homologar las menciones exigidas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento (artículo 147 CA) con las menciones mínimas de la inscripción del mismo en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 119 del CA), y las exigidas para el registro en el CPA (artículo 42 del Reglamento), sobre todo dado que el artículo 122 del CA ordena que se extraiga información

<sup>30</sup> Esta propuesta no es nueva, fue hecha ya por BALTRA en las IV Jornadas de Derecho de Aguas del año 2001. Véase BALTRA (2002) pp. 250-251.

de estas inscripciones. Además, las características esenciales de los derechos de aprovechamiento que enuncia el artículo 45 del Reglamento del CPA, no exige lo mismo que una resolución de la DGA que constituye derechos de aprovechamiento (ej.: no contempla la ubicación específica del punto de captación). Esto requiere modificación legal del artículo 119 del CA, que es el que establece las menciones mínimas de la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, y modificación del Reglamento del CPA.

### **3. Establecer obligación de información de tribunales de justicia y del SAG respecto de perfeccionamiento y regularizaciones de derechos de aprovechamiento**

Para completar las fuentes de información necesarias para mantener completamente actualizado el CPA, es necesario establecer la obligación para los tribunales de justicia y el SAG de que envíen a la DGA copia de las sentencias ejecutoriadas dictadas en los procedimientos de perfeccionamiento y en los de regularización de los artículos 1° y 2° transitorio del CA, así como la obligación del SAG de enviar copia de las resoluciones por las que determine los derechos de aprovechamiento de predios expropiados conforme al procedimiento del artículo 5° transitorio del CA.

## **Bibliografía**

ARÉVALO CUNICH, Gonzalo (2001): "El Catastro Público de Aguas: sobre el registro y el perfeccionamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas", en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Pontificia Universidad Católica de Chile) Vol. III N° 2: pp. 547-558.

BALTRA VERGARA, María Luisa (2002): "Perfeccionamiento de títulos de aguas. Aplicabilidad de la normativa vigente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Pontificia Universidad Católica de Chile) N° 1: pp. 237-251.

RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar (1996): "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1: pp. 23-97.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1987): "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIV, N° 2: pp. 57-73.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *El Derecho como creación colectiva* (Santiago, Universidad del Desarrollo Ediciones Jurídicas).

VERGARA BLANCO, Alejandro (1997): "El Catastro Público de Aguas. Consagración legal, contenido y posibilidades de regulación reglamentaria", en *Revista de Derecho de Aguas* (Universidad de Atacama) Vol. 8: pp. 71-91.



## Normas

Reglamento del Catastro Público de Aguas, Decreto N° 1220 del Ministerio de Obras Públicas, de 30 de diciembre de 1997, Diario Oficial, 25 de julio de 1998.

Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

## Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2011): Rol 1578-2009, 2 de junio de 2011. Disponible en: [http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=1951](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=1951)

## Otros

BANCO MUNDIAL (2011): *Chile. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*, informe publicado en el sitio web de la Dirección General de Aguas [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2011]. Disponible en: [http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile\\_Banco%20Mundial.pdf](http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf)

## **Una sentencia que acoge un recurso por ultra petita que jurídicamente es indiscutible y además.... justa**

COMENTARIO DE:

**Jaime García Escobar<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Tributario  
Universidad del Desarrollo

### **Antecedentes del recurso**

a) Se trata de un juicio ejecutivo de cobro de obligaciones tributarias de dinero, el que se inició con fecha 19 de julio de 2006, a través de la notificación de la nómina de deudores morosos que contenía diversos giros emitidos por Impuesto Global Complementario:

Con fecha 31 de julio de ese mismo año, se interponen las excepciones de no empecer el título y de prescripción de la acción de cobro.

En cuanto a esta última, ella se fundó en que los impuestos que se cobraban correspondían a los años tributarios 1998 a 2003 y que, por lo tanto, al 19 de julio de 2006, fecha en que se notificó el requerimiento, la acción se encontraba prescrita.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 200 y 201 del Código Tributario, el plazo de prescripción de la acción de cobro es de tres años, contados desde la fecha en que expira el plazo legal en que debió efectuarse el pago del respectivo impuesto.

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Economía y Gestión para Abogados; trabajó en el SII y en el Consejo de Defensa del Estado. Actualmente ejerce libremente la profesión, dedicándose preferentemente a la asesoría y defensa tributaria. Profesor de Pre Grado de Derecho Tributario en las Universidades del Desarrollo y Andrés Bello. Profesor de Post Grado del Magíster en Derecho Tributario y Diplomado en Tributación y Planificación Tributaria en la Escuela de Ciencias Empresariales de la Universidad de Chile; del Magíster en Tributación de la Universidad Finis Terrae; profesor del MBA en Políticas Públicas de la Universidad Mayor de Temuco; y, del Diplomado en Tributación de la Universidad del Desarrollo; Profesor de la Academia Judicial. Autor de los siguientes libros: *Reformas Tributarias Ley N° 19.738*; *Infracciones Tributarias no Constitutivas de Delito*; *Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias*; *Elusión, Planificación y Evasión Tributaria*; *Prescripción en Materia Tributaria*; y *Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Publicación de artículos en diversas revistas especializadas.

Cabe hacer presente que la Tesorería General de la República nunca hizo ver ni alegó que el escrito de oposición de excepciones hubiere sido presentado fuera del plazo legal. Así consta, por ejemplo, en la resolución que tuvo por interpuesta la excepción de prescripción en el expediente administrativo Rol 538-2006, suscrita por don Ernesto Herrera García, en cuyo considerando 3) señala: *"Que en el plazo previsto en el artículo 176 del Código Tributario se ha opuesto la excepción señalada en el artículo 177 N° 2 del mismo cuerpo legal"*.

Lo mismo consta del escrito de téngase presente de 9 de abril de 2008, presentado por el apoderado de dicho organismo en el expediente Rol 1048-2008 del 24° Juzgado Civil de Santiago, en el que nada señala respecto de una posible interposición fuera de plazo de la excepción de que se trata.

b) Con fecha 16 de diciembre de 2008, la Magistrado del 24° Juzgado Civil, en autos Rol 1048-2008, dicta sentencia de primera instancia, acogiendo la excepción de prescripción de la acción de cobro antes referida, salvo respecto del impuesto correspondiente al año tributario 2003.

c) En contra de la citada sentencia, la Tesorería General de la República interpuso recurso de apelación, el que fue concedido y tramitado en la I. Corte de Apelaciones de Santiago con el Rol 509-2009.

Las peticiones concretas del citado recurso se sustentaban en que el plazo de prescripción se encontraba interrumpido y no incidían en solicitar que se declarase que las excepciones fueran rechazadas por haber sido presentadas fuera de plazo.

### **Sentencia de segunda instancia**

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, a fojas 157 de autos y con fecha 23 de marzo de 2010, dictó sentencia de segunda instancia, revocando la sentencia de primera instancia de 16 de diciembre de 2008, cuyo tenor es el siguiente:

"Santiago, veintitrés de marzo del año dos mil diez

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, salvo los considerandos 5°, 6°, 7° 8° y 9°, que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

1°. Que a fojas 5 del expediente administrativo de Tesorería que se tiene a la vista, consta que la deudora, doña Bárbara Simonati Buscaroli, fue notificada y requerida de pago el 19 de julio de 2006.

2°. Que las excepciones de no empecerle el título –que fue desestimada– y la prescripción de la acción, planteada subsidiariamente, que es la materia en discusión, la dedujo la deudora el 02 de agosto de 2006 según consta del cargo de la Tesorería estampado en el escrito de fojas 11, es decir, a los doce días de ser requerida de pago.

3°. Que el artículo 176 del Código Tributario establece que el ejecutado puede oponerse a la ejecución dentro del plazo de diez días hábiles contados desde la fecha del requerimiento de pago practicado conforme al artículo 171 del mismo texto legal, de manera que el plazo vencía el 31 de julio de 2006.

4°. Que al disponer el artículo 176 antes citado que las excepciones deben oponerse “dentro del plazo” de diez días hábiles, la ejecutada debió oponerse a la ejecución a más tardar el 31 de julio de 2006, y al hacerlo el 02 de agosto del mismo año, lo fue extemporáneamente. Al respecto, cabe recordar el artículo 49 del Código Civil, que establece que si el acto debe ejecutarse “dentro de” cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo, norma que no observó la ejecutada.

5°. Que de acuerdo a lo precedentemente señalado, la excepción de prescripción invocada por la ejecutada no puede prosperar por haberse hecho valer fuera del término legal que tenía la ejecutada para tal efecto.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 170 y 186 del Código de Procedimiento Civil; 180 inciso 2° y 181 del Código Tributario,

SE REVOCA la sentencia apelada de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, escrita a fojas 137 y siguientes, en cuanto acoge la excepción de prescripción de la acción planteada a fojas 11 del expediente de Tesorería N° 538-2006, Santiago, y en su lugar se resuelve que SE LA RECHAZA.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Cerda, quien estuvo por confirmarla y mantener estimada la excepción de prescripción, teniendo para ello únicamente en cuenta que la prescripción procesal que la mayoría hace valer como fundamento de la revocatoria no fue parte de la contienda ni del libelo de apelación, por lo que el artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales impide injerir a su respecto.

Regístrese, notifíquese y devuélvase, con el expediente y sobre traídos a la vista.

Redacción del ministro señor Patricio Villarroel Valdivia y del voto su autor.

Rol N° 509-2009”.

La referida sentencia se pronunció por los Ministros señores Carlos Cerda Fernández y Patricio Villarroel Valdivia, y el por el abogado integrante don Angel Cruchaga Gandarillas.

### **Recursos que se interponen en contra de la sentencia de segunda instancia**

Contra la sentencia de segunda instancia, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, se interpusieron los recursos de casación en el fondo (respecto del cual la Excm. Corte no se pronunció) y en la forma (que en definitiva fue acogido), el fundamento de este último fue el siguiente:

La sentencia recurrida adolecía del vicio de ultra petita, consagrado en el numeral cuarto del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, norma que establece:

“El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:

4º En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley;”

El vicio de ultra petita lo comete el sentenciador que otorga más de lo que se le ha solicitado en el recurso interpuesto o extendiéndose a puntos no sometidos a su decisión, para lo cual es preciso cotejar las peticiones elevadas a la Illma. Corte y los fundamentos de la sentencia recurrida.

Se señaló además que en los autos la Tesorería nunca alegó que el escrito de oposición de excepciones hubiere sido interpuesto fuera del plazo legal, como se expuso precedentemente.

De esta forma, la Illma. Corte solo podía conocer y fallar los agravios puestos en su conocimiento mediante los fundamentos y peticiones del recurso de



apelación, y éstos únicamente se referían a que la prescripción se encontraba interrumpida, cuyo fue el argumento de la Tesorería General de la República durante todo el desarrollo del juicio.

En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha sentado la doctrina de que *“la competencia de la Corte la delimita el escrito de apelación al momento de señalar las peticiones concretas que se someten a juicio del tribunal (artículo 189 del Código de Procedimiento Civil)”*<sup>2</sup>.

En el mismo orden se inclina el profesor Guillermo Piedrabuena Richard, quien escribe: *“Estimamos que la única limitación que tiene el tribunal de segunda instancia son las peticiones concretas del recurso de apelación y dentro de este marco se pueden revisar íntegramente las consideraciones de hecho y de derecho del fallo apelado, evitando extender su pronunciamiento a puntos no sometidos a la decisión del tribunal para no incurrir en el vicio de extra petita a que se refiere la parte final del N° 4 del artículo 767 del C.P.C.”*<sup>3</sup>.

A la luz de lo expuesto, al pronunciarse, en la resolución recurrida, acerca de un punto que no había sido objeto del recurso de apelación, como es el hecho de la fecha de presentación del escrito de oposición de excepciones, se ha incurrido en el vicio de extender su resolución a puntos no sometidos a la decisión del Illmo. Tribunal.

La tesis anterior la sostiene el autor Alejandro Espinosa Solís de Ovando al señalar:

*“Pero para que el tribunal de segunda instancia se pronuncie sobre las acciones o excepciones incompatibles con las aceptadas en primera, es menester que la parte interesada haga petición expresa al respecto, sea en la expresión de agravios o en su contestación, sea al adherirse a la apelación o en la respuesta a la adhesión, o en un escrito destinado especialmente al efecto. Si el tribunal superior hace tal pronunciamiento sin la previa petición del interesado, su resolución podría recurrirse de casación en la forma por haber incurrido en la causal de ultra petita. Así lo han resuelto nuestros tribunales”*<sup>4</sup>.

El tribunal de alzada solo tiene competencia para conocer de los puntos comprendidos en la apelación, pero no respecto de los consentidos o no apelados. Este principio es la consagración del aforismo jurídico *“Tantum devolutum appellatum”*. El autor Espinosa Solís de Ovando al respecto señala: *“Si el apelante*

<sup>2</sup> Fallo casación CS de 05.05.1997, publicado en Rev. Der. y Jur. T 94, secc 3°, pág. 57.

<sup>3</sup> Guillermo Piedrabuena Richard, *El recurso de Apelación y la Consulta*, Ed. Jur. de Chile 1999, pág. 76.

<sup>4</sup> Alejandro Espinosa Solís de Ovando, Distr. Univ. Ltda., 1980, pág. 58.

concreta su apelación sólo a una o algunas de las declaraciones contenidas en una resolución, el tribunal de alzada tendrá limitadas sus facultades y solo podrá conocer del punto o puntos apelados. Si falla sobre un punto no observado ni reclamado, es nula la sentencia por haber sido dada ultra petita y procederá en su contra el recurso de casación en la forma”<sup>5</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Mario Casarino Viterbo, quien acerca del punto prescribe: “Respecto de las cuestiones controvertidas y falladas en la primera instancia, a virtud del efecto devolutivo que va envuelto en el recurso de apelación, el tribunal superior solo tiene competencia para conocer de esas mismas cuestiones; pues, al igual que el tribunal inferior, la sentencia deberá ser pronunciada conforme al mérito del proceso, sin poder extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes (art. 160 C.P.C.)... Respecto de los puntos comprendidos en la apelación, también a virtud del efecto devolutivo, el tribunal superior queda investido de amplias atribuciones para enmendar todo el fallo apelado; pero siendo el recurso de apelación un derecho que mira solo al interés del apelante, no hay inconveniente legal para que éste pueda restringir sus pretensiones”.

“Por último, cuando en el juicio existe un solo demandante y un solo demandado, la apelación deducida por cualquiera de ellos no puede beneficiar al otro litigante...”<sup>6</sup>.

Es menester reiterar que la Tesorería General de la República no apeló de la sentencia de primera instancia, respecto del presunto hecho (mismo que no era efectivo) de que la oposición de excepciones se interpuso fuera del plazo legal. De acuerdo a lo anterior, el tribunal de alzada no podía extenderse a puntos no sometidos a su consideración, como sería la presunta interposición fuera de plazo del referido escrito.

A mayor abundamiento, el voto de disidencia del Illmo. Tribunal ya fue enfático en señalar lo que luego se convertiría en el fundamento del recurso de casación en la forma:

“Acordada con el voto en contra del ministro señor Cerda, quien estuvo por confirmarla y mantener estimada la excepción de prescripción, teniendo para ello únicamente en cuenta que la prescripción procesal que la mayoría hace valer como fundamento de la revocatoria no fue parte de la contienda ni del libelo de apelación, por lo que el artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales impide injerir a su respecto”.

<sup>5</sup> Alejandro Espinosa Solís de Ovando, op cit., pág. 60.

<sup>6</sup> Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal*, Ed. Jur. de Chile 1974, Tomo IV, pp. 233 y 234.

Dicho voto resulta ser clarísimo: El artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales impide resolver del modo que se hizo en el voto de mayoría, toda vez que la competencia del tribunal de alzada se encontraba limitada a lo que había sido apelado y nada más que a ello.

La sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones debió fallar exclusivamente los puntos expresados en el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la República, pero en el caso de autos resolvió una cuestión no sometida a su decisión, y se pronunció sobre el presunto hecho de que el escrito de oposición de excepciones se habría interpuesto fuera del plazo legal.

### **El craso error de la Iltrma. Corte de Apelaciones**

Antes de dar cuenta de la sentencia dictada por el Excmo. Tribunal, parece pertinente explicar por qué motivo la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago incurre en el error de sostener que el escrito de oposición de excepciones se interpuso fuera de plazo.

El escrito en cuestión fue interpuesto dentro de plazo, esto es, el día 31 de julio de 2006, ello consta del libelo que rola a fojas 1 de los autos Rol 1048-2008. Al efecto, existen dos atestados que dan cuenta de la fecha de presentación del escrito.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué hizo pensar a los juzgadores que el escrito de oposición de excepciones se dedujo el día 2 de agosto de 2006? La respuesta a dicha interrogante se dilucida de la siguiente forma: A fojas 11 del cuaderno administrativo Rol 538-2006 rola la excepción de prescripción, y allí se registra un timbre de fecha 2 de agosto de 2006, sin que consten los dos timbres que demuestran que el escrito que rola a fojas 1 de los autos Rol 1048-2008 se presentó el 31 de julio de 2006. Sin embargo, y pese a la omisión del Servicio de Tesorerías, esto es, no colocar los timbres que indicaban la fecha de presentación del escrito en todos los ejemplares, ello no permitía concluir que las excepciones fueron deducidas fuera de plazo, puesto que tal conclusión contradecía toda la prueba rendida en el proceso y, lo que es peor, las propias actuaciones del Servicio de Tesorerías que durante cuatro años jamás sostuvo aquella tesis.

Dicho de otro modo: Nunca Tesorería General de la República le concedió valor a dicho timbre, de 2 de agosto de 2006, para utilizarlo como fecha de presentación del referido escrito, ya que tenía claro que el mismo se presentó el 31 de julio de 2006 y probablemente el timbre de 2 de agosto es un timbre interno que se usa para indicar la fecha en que el escrito se recibe internamente en alguna de las oficinas del Servicio de Tesorerías que intervienen en su trami-

tación, mas no tiene valor para los fines de acreditar la fecha de presentación de la oposición a la ejecución. Resulta ser realmente sorprendente cómo se puede incurrir en un error de tamaño entidad, toda vez que es un hecho público y notorio que en las reparticiones públicas, por regla general, las solicitudes, comunicaciones y escritos ingresan a través de las Oficinas de Administración, comúnmente conocidas como oficina de Partes, estampándose el timbre con la fecha de ingreso de la presentación, anotada por la misma dependencia (Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración Pública).

### **Sentencia de la Excma. Corte Suprema**

Con fecha dos de agosto de 2011, la Excma. Corte Suprema dicta sentencia en estos autos, acogiendo el recurso de casación en la forma, y dictando sentencia de reemplazo por la que se confirma la sentencia dictada en primera instancia.

Los principales considerandos de este fallo son los siguientes:

**Séptimo:** Que para el análisis de la causal de nulidad alegada conviene dejar consignado que el numeral cuarto del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil estatuye la *ultra petita* como uno de los vicios formales que pueden afectar a una sentencia, y que puede traer aparejada la nulidad de ésta. El citado defecto contempla dos formas de materialización, la primera consiste en otorgar más de lo pedido, situación que constituye propiamente *ultra petita*, mientras que la segunda se produce al extenderse el fallo a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, hipótesis que se ha denominado *extra petita*. Para un adecuado análisis de lo anterior debe necesariamente relacionarse con lo prescrito en el artículo 160 del Código antes citado, de acuerdo al cual las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido sometidos expresamente a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio. Por consiguiente, el vicio formal en mención se verifica cuando la sentencia excede las pretensiones de las partes expuestas en los escritos de fondo –demanda, contestación, réplica y dúplica– por medio de los cuales se fija la competencia del tribunal, o cuando se emite pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a su decisión, vulnerando de ese modo uno de los principios rectores de la actividad procesal, cual es el de la congruencia;

**Octavo:** Que el referido principio de la congruencia busca vincular a las partes y al juez al debate y, por tanto, enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, y al mismo tiempo cautela la conformidad

que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso. Cabe señalar que si bien el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, ello no aminora la exigencia según la cual el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, como a las alegaciones y defensas que las partes han sostenido en el pleito, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones;

**Noveno:** Que asentado el marco jurídico que rige el asunto sometido al conocimiento y resolución de esta Corte, procede analizar si se ha configurado el vicio de *ultra petita* que alega la recurrente y si efectivamente la sentencia impugnada se ha extendido a puntos que no fueron sometidos a la decisión del tribunal;

**Décimo:** Que la excepción de prescripción opuesta por la ejecutada se sustentó en que los giros cobrados, todos correspondientes al Impuesto Global Complementario de los años tributarios 1998 a 2002, estaban prescritos al haber transcurrido tres años desde que debieron pagarse y hasta la fecha del requerimiento judicial de pago, acaecido el 19 de julio de 2006;

**Undécimo:** Que, por su parte, la alegación del Servicio de Tesorerías consistió en que la prescripción se encontraba interrumpida por la notificación de los giros en el mes de diciembre de 2005;

**Duodécimo:** Que acotada en esos términos la controversia, el fallo de segundo grado decidió que la excepción de prescripción invocada no podía prosperar por haberse hecho valer fuera del término legal, toda vez que había sido interpuesta el 2 de agosto de 2006, según aparecería del cargo estampado en el respectivo escrito, es decir, a los doce días de ser notificada y requerida de pago la deudora, lo que ocurrió el 19 de julio de ese mismo año;

**Décimo tercero:** Que, como se advierte, al resolver del modo en que lo hizo, la sentencia se apartó de los hechos alegados en el proceso, asilándose para revocar el fallo de primera instancia en una prescripción procesal que no sólo no fue hecha valer por el Servicio de Tesorerías, sino que prescindiendo además del hecho que el Tesorero Metropolitano, como juez sustanciador en sede administrativa, explícitamente mediante resolución de 6 de julio de 2006 consignó que la excepción de prescripción se había opuesto dentro del plazo previsto en el artículo 176 del Código Tributario, admitiéndola por tanto a tramitación;

**Décimo cuarto:** Que, de esta manera, el fallo incurre en el vicio de nulidad enunciado en los motivos que preceden, por inobservancia de los límites



jurídicos fijados por los litigantes. Efectivamente, la supuesta inobservancia del plazo procesal que prevé el procedimiento ejecutivo de cobro de tributos para la interposición de determinadas excepciones por parte de la contribuyente no formó parte de esta litis, y por tanto no se les ha otorgado facultades a los juzgadores para pronunciarse sobre ella;

**Décimo quinto:** Que de lo dicho en los considerandos que anteceden no puede sino arribarse a la convicción que la resolución atacada ha incurrido en la causal de nulidad referida, desde que al decidir de la forma antes anotada el juzgador se ha extralimitado en sus potestades, llegando a resolver más allá de los límites fijados por las partes del pleito, sin que en la especie se esté frente a uno de esos casos en que el tribunal esté facultado para actuar de oficio;

**Décimo sexto:** Que la referida infracción determina que esta Corte debe invalidar el fallo de que se trata, puesto que si no se hubiere incurrido en el error antes anotado se habría confirmado la sentencia de primera instancia. En efecto, la acción de cobro de los tributos cuyo pago se perseguía se encontraba prescrita al momento de ser ejercida, pues la notificación administrativa de los giros sólo aconteció en el mes de diciembre de 2005, respecto de impuestos que debieron ser declarados y pagados entre los meses de abril de los años 1998 a 2002, o sea, dicha actuación se verificó una vez transcurrido el plazo de tres años desde que se hicieron exigibles, por lo que no fue oportuna para interrumpir la prescripción;

**Décimo séptimo:** Que en cuanto al recurso de casación en el fondo, procede actuar según lo prescrito en el inciso 2° del artículo 808 del Código de Procedimiento Civil. Y de conformidad con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 768, 805, 806 y 808 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de la presentación de fojas 163 en contra de la sentencia de veintitrés de marzo de dos mil diez, escrita a fojas 157, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación. Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo interpuesto en el primer otrosí de fojas 163. Acordada contra el voto del Ministro señor Brito, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en la forma y emitir pronunciamiento respecto del fondo, atendidas las razones que siguen: 1ª No obstante la variación de los hechos que hiciera la sentencia impugnada, en el caso de autos no ha tenido lugar el vicio de ultra petita, porque el tribunal de alzada resolvió sobre la misma excepción que fuera planteada ante el tribunal de primera instancia, esto es porque –al margen del mérito del fundamento que se diera– se decidió respecto de lo efectivamente solicitado. 2ª El argumento de la decisión de prescripción sin duda alguna no guarda relación con el término de prescripción, porque dice relación con la admisibilidad de la

excepción –cuestión que quedó zanjada en la fase administrativa–, motivo por el cual la propia demandada además recurrió señalando infracción a los artículos 200 y 201 del Código Tributario por falsa aplicación de estas normas a la situación fáctica antes aludida

## Conclusión

La sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema resulta ser absoluta y totalmente ajustada a Derecho, toda vez que la resolución de segunda instancia, al revocar la de primera, en base a un hecho que no había sido materia de la litis, evidentemente se estaba extendiendo a puntos no sometidos por las partes a la decisión del Tribunal. En efecto, el artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales resulta ser meridianamente claro al respecto, toda vez que una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia. En el caso de marras, la competencia de la ltima. Corte de Apelaciones estaba específicamente determinada por las peticiones que la Tesorería General de la República sometía a la decisión del Tribunal de Segundo Grado a través de su recurso de apelación, mismas que no incidían en la presunta interposición extemporánea del escrito de oposición de excepciones; materia que, por lo demás, nunca fue parte de la litis, toda vez que la Tesorería General de la República siempre tuvo la absoluta conciencia de que el citado libelo había sido interpuesto dentro del plazo legal, fundando su defensa en que el plazo de prescripción se encontraba interrumpido.

Ahora bien, sin perjuicio de resaltar el impecable análisis jurídico realizado por la Excma. Corte Suprema al acoger el recurso de casación en la forma por ultra petita, es inexplicable el raciocinio de los Juzgadores de Segundo Grado, al dar por establecido que el escrito de oposición de excepciones se interpuso fuera de plazo, desconociendo los procedimientos que rigen a las reparticiones públicas, esto es, que los escritos ingresan a través de las Oficinas de Administración (oficina de partes) de las mismas.

De otro lado, es evidente que la sentencia que acoge el recurso de casación en la forma resulta ser del todo justa, pues de lo contrario, en base al grotesco error cometido en la dictación de la sentencia de segunda instancia, no se declararía una prescripción que en Derecho resultaba completamente procedente.



# La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía

**Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Chillán,  
Causa RIT N° 179-2011**

COMENTARIO DE:

**Álvaro Araya Fuentes**

Defensor Penal Público  
Concepción

**Jaime Pacheco Quezada**

Profesor de Derecho Penal  
Universidad del Desarrollo  
Concepción

## I. Introducción

En la dogmática penal, el análisis de los comportamientos omisivos ha suscitado, y sin duda lo seguirá haciendo, la interrogante de si corresponde sancionar de la misma manera a quienes se limitan a no evitar la lesión de un bien jurídico que a los que causaron dicha lesión activamente, o de si es justo que se castiguen dichas omisiones tanto como el comportamiento activo de autoría o de participación de los mismos sujetos en la lesión de los correspondientes bienes<sup>1</sup>. Si bien los fundamentos y límites de la asignación de resultados negativos a omisiones y de la equiparación de éstas a las acciones, han ocupado desde siempre la atención de la doctrina penal<sup>2</sup>, no sucede lo mismo, al menos en nuestro país en sede jurisprudencial, razón

<sup>1</sup> Lascurain Sánchez J.A. *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*. Civitas, Madrid, 2002, p. 17.

<sup>2</sup> Entre otros ver: Silva Sánchez, J. M. *Estudios sobre los delitos de Omisión*, Grijley, Lima 2004; Él mismo, *El delito de omisión, Concepto y sistema*, 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires, 2003; Él mismo, "La regulación de la comisión por omisión" en *El nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales*, Barcelona, 1997; Gimbernat, O. E. "Causalidad, omisión e imprudencia", en *ADPCP*, 1994; Él mismo, "El delito de omisión impropia" en *RDPC*, 4, 1999; Gracia Martín, L. "La comisión por omisión en el derecho penal español", en *AP* 38, 1995; Él mismo, "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", en *AAVV, Modernas tendencias de la ciencia del Derecho penal y en la criminología. Congreso Internacional de la facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, 2001; Jakobs, G. "La imputación penal de la acción y de la omisión", en *ADPCP*, 1996; Bacigalupo, Z. E. *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970; Novoa Monreal, E. *Fundamento de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984; Roxin, C. "La causalidad en la omisión", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2003; Rodríguez Mesa, M. J. *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi N° 14, Navarra, 2005.

por la cual los infrecuentes fallos dictados al respecto cobran una especial significación.

En este comentario analizaremos la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Chillán de fecha 24 de agosto de 2011, causa RIT: 179-2011<sup>3</sup>, que condenó a S.I.C.O. calificando su conducta como autoría en comisión por omisión del delito de homicidio simple frustrado, en concurso ideal, con el delito de lesiones graves gravísimas en la persona de C.O.C., fundando el deber de garantía del acusado en la denominada injerencia.

## II. Hechos probados

En lo que aquí interesa el fallo da por establecido los siguientes hechos:

1. "...Que, aproximadamente a las 19:30 horas de ese día los tres amigos, esperando ser rescatados por los carabineros del sector, subieron a la cima de un pequeño monte con un borde cortado a pique con una altura de 12 metros, existente en ese sector. Que, una vez ahí, se produjo una discusión entre S.I.C.O. y C.O.C., y seguidamente P.M. empujó a C.O.C., lanzándolo desde el pique del monte, cayendo la víctima entre las rocas y la nieve existente en el lugar; dejándolo, P.M. y S.I.C.O., abandonado en la base del barranco (...) quien fue encontrado fortuitamente por lugareños, horas después de la ocurrencia de los hechos, en un delicadísimo estado de salud, puesto que producto del empujón y consecuente caída sufrió diversas heridas y golpes, entre otros, un TEC y politraumatismos graves, que le produjeron un coma..."(Considerando Séptimo. Hechos acreditados).

2. "...Que, asimismo el enjuiciado S.I.C.O., conforme a lo razonado en considerandos precedentes, se probó, más allá de toda duda razonable, que su participación en ambos hechos también fue en calidad de autor, pero a su respecto estimamos que se trata de casos de comisión por omisión..." (Considerando Décimo: Participación)

3. "...Pues bien, en el caso que nos ocupa, en cuanto al delito de homicidio frustrado, el sentenciado S.I.C.O. se situó precisamente en posición de garante de la vida y salud de C.O.C. porque con su conducta creó el riesgo que amenazó a la existencia e integridad corporal de la víctima, a partir del momento en que fue lanzado al precipicio por causa del empujón que le dio P.M., acción que fue presenciada por el sentenciado S.I.C.O.". (Considerando Décimo: participación)

<sup>3</sup> Sentencia dictada por la Primera Sala del TOP de Chillán, integrada por las juezas Marcela Ramírez Santana, Claudia Montero Céspedes y María Paz González González.



4. "...Los acusados no hicieron NADA, ni siquiera, según sus propios dichos, hicieron algo para ayudar a la víctima, dejándolo en la montaña, en pleno invierno, mal herido, mojado y con hipotermia –al igual que ellos–, después de haber sido empujado al barranco por P.M. a la vista y paciencia de S.I.C.O..."(Considerando Décimo: participación)

5. "Como sustento de lo señalado, corresponde indicar que la opinión absolutamente predominante en el derecho comparado contemporáneo estima que una de las fuentes de la posición de garante es, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, el cual, en razón de ella, queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia para él el deber de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión.

Y es, justamente, lo acontecido en el caso de autos, el empujón al barranco contra C.O.C., en presencia de S.I.C.O., y dejarlo botado 12 metros monte abajo, el acusado S.I.C.O. se situó en posición de garante de la vida y salud de la víctima gravemente lesionada y, al omitir por completo toda conducta salvadora, S.I.C.O. incurrió en el homicidio cometido por omisión del ofendido". (Considerando Décimo: participación)

De los hechos transcritos, podemos concluir que el fallo en comento da por establecido en relación con el condenado S.I.C.O. lo siguiente:

- a) *Que se produjo una discusión entre S.I.C.O. y C.O.C.*
- b) *Que seguidamente P.M. empujó a C.O.C., lanzándolo desde el pique del monte, cayendo la víctima entre las rocas y la nieve existente en el lugar.*
- c) *Que producto del empujón y consecuente caída, la víctima sufrió diversas heridas y golpes, entre otros, un TEC y politraumatismos graves, que le produjeron un coma.*
- d) *Que P.M. y S.I.C.O., dejaron abandonada a la víctima en la base del barranco, que no hicieron NADA, dejándolo en la montaña, en pleno invierno, mal herido, mojado y con hipotermia –al igual que ellos–, después de haber sido empujado al barranco por P.M. a la vista y paciencia de S.I.C.O.*
- e) *Que la participación de S.I.C.O. en ambos hechos (homicidio frustrado/ lesiones graves gravísimas) lo fue en calidad de autor, pero a su respecto se trata de casos de comisión por omisión.*
- g) *Que la fuente de la posición de garante de S.I.C.O. fue, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, pues al empujar P.M. a la*

víctima al barranco, en presencia de S.I.C.O., y dejarlo botado 12 metros monte abajo, el acusado S.I.C.O. se situó en posición de garante de la vida y salud de la víctima gravemente lesionada y, al omitir por completo toda conducta salvadora, S.I.C.O. incurrió en el homicidio del ofendido cometido por omisión.

### III. Comentario

Resulta del todo necesario para el análisis de la sentencia referirse, aunque sea de modo general, en primer término a los componentes de la tipicidad objetiva de los delitos de comisión por omisión. Dicha estructura básicamente está integrada por:

**a) Situación típica y posición de garante:** es decir, la existencia del presupuesto de hecho que genera o da origen al deber de actuar, como por ejemplo, la situación de desamparo frente a un peligro grave por parte de una persona; y la situación de garante del autor, que le impone la obligación de actuar, por cuanto le asiste una específica función de protección del bien jurídico afectado<sup>4</sup>.

**b) Ausencia de la acción determinada y producción de un resultado:** es decir, se debe omitir la acción debida y a esa omisión debe seguir la producción de un resultado. Los delitos de comisión por omisión son tipos de resultado, a diferencia de los delitos de omisión propia, que son de mera actividad, pues en estos últimos basta la sola ausencia de acción<sup>5</sup>, y

**c) La capacidad de realizar la acción debida cuya realización hubiese podido evitar la aparición del resultado:** es decir, se requiere que el autor tenga la real posibilidad de poder ejecutar la acción esperada y que se hubiese podido evitar el resultado de haberse llevado a cabo la acción indicada. Se dará esta última exigencia (evitación del resultado) sólo en aquellos casos en

<sup>4</sup> Sobre las fuentes y fundamento de los deberes de garantía ver: Lascurain Sánchez, J.A. *Los delitos de...*, cit., pp. 53 y sgts.

<sup>5</sup> Para un importante sector doctrinal es la exigibilidad o no por parte del tipo de un resultado lo que determina la distinción entre omisión pura y comisión por omisión. En este sentido Mir Puig señala: "De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo *no hacer* algo determinado, o requerir además la *no evitación de un resultado*. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión. Mir Puig, S. *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 1999, p. 299. En el mismo sentido, Bustos Ramírez, J. / Hormazábal Malaree, H. *Lecciones de Derecho Penal V. II*, Madrid, 1999, p. 203. En un sentido diverso Silva Sánchez, para quien lo característico de la comisión por omisión es el incumplimiento del compromiso adquirido de contención de riesgos concretos para bienes jurídicos determinados, pues solo ello genera un dominio del riesgo típico idéntico al que se tendría si dicho riesgo hubiera sido creado activamente por el sujeto y da lugar, por tanto, a comisión por omisión en sentido estricto: Silva Sánchez, J. M. *Estudios sobre los...*, cit. p. 21.

que la realización de la conducta esperada hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad o certeza<sup>6</sup>, sólo así es posible atribuir el resultado a la omisión; por el contrario, entonces, no se cumplirá con esta exigencia en aquellos casos en que la acción positiva indicada o esperada de nada sirve para evitar el resultado, porque de todas formas dicho resultado va a producirse o ya se ha producido.

Ahora bien, llevada esta estructura básica de la comisión por comisión al caso en comento, no cabe sino concluir que el fallo da por concurrente la tipicidad objetiva de la comisión por omisión, en relación con la conducta atribuida a S.I.C.O. en los delitos de homicidio simple frustrado y lesiones gravísimas, sin que concurra ninguna de las exigencias vistas. En efecto, la sentencia solo alude, y en forma errada y parcial, a las dos primeras exigencias, esto es, solo a la situación típica y posición de garante que supuestamente asistía a S.I.C.O. y a la ausencia de acción por parte de éste, sin embargo estimamos que la actuación, o más bien la no actuación del condenado S.I.C.O., en ninguna forma satisface las exigencias típicas objetivas de un actuar en comisión por omisión.

### 1. En cuanto a la ***Situación típica y posición de garante:***

Efectivamente podríamos, al igual que hace la sentencia, dar por concurrente este primer componente de la tipicidad en comisión por omisión, esto es, la situación típica que genera o da origen al deber de actuar, que en la especie esta constituida, y así lo establece el fallo, por la situación de riesgo o peligro para la vida o integridad corporal de la víctima a consecuencia del empujón de que fue objeto por parte del acusado P.M., que la dejó con las heridas y golpes de que dan cuenta los hechos establecidos en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia.

Pero en lo que dice relación con el segundo componente de este primer requisito de la tipicidad objetiva de un delito en comisión por omisión, esto es, la posición de garante del acusado S.I.C.O., en modo alguno puede darse por concurrente.

La sentencia indica que la fuente de la posición de garante de S.I.C.O. es su conducta anterior creadora del peligro, es decir, para el tribunal la fuente de

<sup>6</sup> En opinión de la doctrina mayoritaria, a diferencia de lo que sucede en los delitos comisivos –en los que el presupuesto de imputación del resultado viene constituido por la relación de causalidad–, en los delitos omisivos los presupuestos de la responsabilidad por el resultado serían la posición de garante del omitente, por una parte; y la denominada causalidad hipotética, por otra. Desde esta perspectiva, se afirma la causalidad de la omisión –y con ello el presupuesto de la imputación del resultado– cuando consta que la acción omitida por el garante hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, o al menos hubiese disminuido el riesgo para el bien jurídico: Rodríguez Mesa, M. J. *La atribución de...*, cit. p. 145. Ver también Gimbernat O. E. "La causalidad en la omisión impropia y en la llamada omisión por comisión", en *ADPCP*, 2003. pp. 49-61.

la posición de garante de S.I.C.O. es lo que la doctrina denomina el hacer precedente peligroso o *injerencia*, que en términos simples significa que quien con su conducta ha creado un riesgo se constituye en garante de los bienes jurídicos que ha puesto en peligro<sup>7</sup>.

Sin embargo, la aplicación en la especie de dicha fuente de garante resulta inadmisibles o errada, tanto desde un punto de vista positivo como fáctico.

En efecto, no obstante que la sentencia sostiene como sustento de su decisión que *la opinión absolutamente predominante en el derecho comparado contemporáneo estima que una de las fuentes de la posición de garante es, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro*, cabe indicar que el criterio de la injerencia como fundamento de la existencia de un especial deber de actuar es uno de los más debatidos en la doctrina de la comisión por omisión<sup>8</sup>, hasta tal extremo y como señala Zugaldía Espinar, que buena parte de la moderna dogmática de los delitos de comisión por omisión es la historia de la lucha contra la desmesurada amplitud que por su propia esencia tiende a adquirir la idea de la injerencia<sup>9</sup>.

Los cuestionamientos de la injerencia como fuente de un especial deber de actuación también han sido manifestados de forma mayoritaria por nuestra doctrina nacional, la que estima incompatible o rechaza su aplicación. Así autores como Garrido, Politoff, Bustos, Grisolia, Matus y Ramirez<sup>10</sup> afirman que existe una contradicción insalvable entre la atenuante del artículo. 11 N° 7 del CP (reparación celosa del mal causado o evitación de sus ulteriores perniciosas consecuencias) y la posición de garante fundada en la injerencia. La contradicción consistiría en

<sup>7</sup> A las tradicionales fuentes del deber de actuar: la ley y el contrato, conocidas ya desde la época de Feuerbach, se vino a sumar el hacer precedente peligroso, que generaría la obligación jurídica de obrar, por cuanto se admitió que quien había originado previamente una fuente de peligro o una situación de riesgo que acentuara la amenaza contra el bien jurídico, debía asumir el control de ese peligro y riesgo en forma de mantener indemne a ese bien: Novoa Monreal, E. *Fundamento de los...*, cit. p. 143.

<sup>8</sup> Rodríguez Mesa, M. J. *La atribución de...*, cit. p. 99.

<sup>9</sup> Zugaldía Espinar, J. M. "Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal", en *CPC*, 1984, p. 575. En el mismo sentido Lascurain indica "En materia de responsabilidad penal severa por omisión uno de los puntos más controvertidos es el de si nuestro actuar peligroso nos puede convertir en garantes de la inocuidad del mismo y el de, si esto es así, en qué supuestos surge tal obligación: Lascurain Sánchez, J. A. *Los delitos de...*, cit. p. 91. En los últimos años se viene asistiendo, incluso, a un frontal rechazo de la idea de la injerencia como posible fuente de la posición de garante, debido a que una admisión de esta fuente de garantía sin restricciones introduce de forma solapada componentes propios de la *versari in re illicita*: Berdugo Gomez de la Torre, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, La ley, 1999, p.189.

<sup>10</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal. Parte General. Naciones Fundamentales de la Teoría del delito*, Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp.187-189; Politoff, S. *Derecho Penal*. Ed. Jurídica Como Sur, 1997, pp. 318-321; Bustos et al: *Derecho penal chileno. Parte especial: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 60; Politoff et al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 2003, p. 204. En sentido contrario Izquierdo Sánchez, C. "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, 2006, pp. 329-343.

que la ley favorece al delincuente “premiándolo” a través de esta atenuante si intenta eliminar los efectos de un hecho delictivo y ello es incompatible con un deber jurídico de actuar para impedir el mal o sus ulteriores consecuencias.

Pero más evidente aún resulta la inaplicabilidad de la posición de garante esgrimida por la sentencia para fundar la responsabilidad penal de S.I.C.O., al constatar que en la especie no se dan los supuestos fácticos que hacen aplicable la injerencia. En efecto, esos supuestos fácticos que constituyen la injerencia son:

- a) Haber realizado el sujeto activo una actividad anterior creadora de un riesgo para el bien jurídico, en la especie, para la vida o integridad corporal de la víctima.
- b) Omitir posteriormente el sujeto activo la realización de la actividad evitadora de la lesión al bien jurídico puesto en peligro.

Ahora bien, veamos cómo no resulta posible dar por concurrente en la actuación/no actuación que se ha atribuido S.I.C.O. conforme a los hechos que se han dado por probados, los requisitos de la injerencia.

En cuanto a lo primero, es decir, al haber realizado una actividad anterior que hubiese creado un riesgo o peligro para la vida o integridad corporal de la víctima, cabe indicar que conforme se lee en el Considerando 7° de la sentencia, relativo a los hechos probados, la actuación previa a la efectiva lesión de la integridad corporal de la víctima realizada por S.I.C.O. fue “**haber discutido con ella**”. Tal actividad en caso alguno puede fundar una posición de garante por injerencia, por cuanto, como señala Cury, la acción que crea el riesgo ha de “*tratarse en primer lugar de una acción ilícita (pero no necesariamente típica) y además dar origen a una elevada probabilidad de daño*”<sup>11</sup>.

Así las cosas, la actuación previa de S.I.C.O. no cumple ninguna de las exigencias vistas, toda vez que el discutir con otro no es una actividad ilícita, y menos aun puede ser estimada en la especie como una actividad que hubiese generado una elevada probabilidad de daño para la vida o integridad corporal de la víctima, toda vez que conforme se establece en la sentencia el contenido de tal discusión no representó en modo alguno una amenaza o riesgo para la integridad corporal de la víctima, pues versó sobre un supuesto conflicto sentimental.

De esta forma, entonces, esta sola consideración permite echar por tierra el presupuesto base de la posición de garante que se atribuye a S.I.C.O., y que en concepto de la sentencia funda su responsabilidad penal.

<sup>11</sup> Cury, E. *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 683.



En cuanto a la existencia del deber de garantía fundado en la injerencia, la sentencia señala que la *“fuente de la posición de garante de S.I.C.O. es, precisamente, **la conducta anterior** del autor creadora del peligro, pues al empujar P.M. a la víctima al barranco, en presencia de S.I.C.O. y dejarlo botado 12 metros monte abajo, el acusado S.I.C.O se situó en posición de garante de la vida y salud de la víctima...”* (C.J.10°),

Es decir, para el tribunal el hacer previo peligroso viene dado por el *empujón de P.M. a la víctima* en presencia de S.I.C.O., olvidando que en la injerencia se requiere que el autor de la conducta creadora del riesgo haya sido el mismo que es autor de la omisión posterior, y no un tercero (P.M.) como ocurrió en la especie, es decir, le atribuyen la posición de garante a S.I.C.O. por un actuar previo peligroso no propio, sino de un tercero<sup>12</sup>.

Así las cosas, conforme a los hechos que la propia sentencia da por establecidos, no puede ni siquiera darse por concurrente el primer requisito de la comisión por omisión que se atribuye a S.I.C.O., en especial su supuesta posición de garante por injerencia, por cuanto él no realizó una actividad previa ilícita creadora de una elevada probabilidad de daño para la víctima, él solo discutió con ella, y si alguna actividad peligrosa previa hubo, ella fue realizada no por S.I.C.O. sino que por un tercero.

## 2. En cuanto a la **Ausencia de la acción determinada y producción de un resultado:**

Como señalábamos anteriormente, esta exigencia implica que se debe omitir la acción debida y a esa omisión debe seguir la producción de un resultado.

La sentencia comentada estima que lo omitido por S.I.C.O. fue el no haber realizado alguna actividad de ayuda o salvadora de la víctima, o más explícitamente en palabras de las juzgadoras, su omisión consistió en haber dejado *“abandonada a la víctima en la base del barranco, que no hicieron NADA dejándolo en la montaña, en pleno invierno, mal herido, mojado y con hipotermia –al igual que ellos–, después de haber sido empujado al barranco por Palacios”* ( C.J. 10°).

Este requisito típico de la comisión por omisión requiere que el daño producido a la víctima se haya derivado precisamente de la acción omitida<sup>13</sup>. El fallo establece

<sup>12</sup> La exigencia que la ocasión de riesgo haya sido creada por el omitente permite excluir todos aquellos supuestos en que el origen de la ocasión de riesgo sea de un tercero distinto del omitente, de la propia víctima o del azar: Rodríguez Mesa. M. J. *La atribución de...*, cit. p. 103.

<sup>13</sup> Ello lleva a limitar los supuestos de comisión por omisión en virtud del criterio de la injerencia a aquellos supuestos en los que el resultado sea imputable a la omisión en sí, en tanto que el peligro que posteriormente se produce en el resultado sea consecuencia de ésta y no directamente del actuar u omitir precedente. De modo, entonces, que en aquellos supuestos en los que la concreta situación de peligro que se produce en el resultado sea directamente imputable a la acción precedente, se estará

como un hecho probado en el Considerando 7 que ***“producto del empujón y consecuente caída, la víctima sufrió diversas heridas y golpes, que entre otros, un TEC y politraumatismos graves, que le produjeron un coma”(C.J.7°)***.

Es decir, es la propia sentencia la que establece que el daño sufrido por la víctima no provino de la omisión que le atribuyen a S.I.C.O., sino del actuar de un tercero. En suma, lo que la sentencia atribuye al condenado es simplemente una omisión pura (no ayudar a la víctima)<sup>14</sup>, pero olvida o desconoce que lo están condenando por una comisión por omisión, que es un delito de resultado y que por tanto jurídicamente requiere, además de la omisión, de la producción de un resultado que sea atribuible a dicha omisión.

### **3. En cuanto a la *capacidad de realizar la acción debida cuya realización hubiese podido evitar la aparición del resultado:***

Como indicábamos, en virtud de este requisito, se requiere para poder imputar a alguien una responsabilidad penal en comisión por omisión, que el autor tenga la real posibilidad de poder ejecutar la acción esperada y que se hubiese podido evitar con una seguridad rayana en la certeza el resultado de haberse llevado a cabo la acción indicada.

Por el contrario, no se cumplirá con esta exigencia en aquellos casos en que la acción positiva indicada o esperada de nada sirve para evitar el resultado, porque de todas formas dicho resultado va a producirse o bien ya se ha producido.

Una vez más a la luz de los hechos probados, no cabe sino concluir que tampoco concurre respecto del condenado esta exigencia:

La sentencia recurrida atribuye a S.I.C.O. la omisión consistente en haber *“abandonado a víctima en la base del barranco, que no hicieron NADA dejándolo en la montaña, en pleno invierno, malherido, mojado y con hipotermia –al igual que ellos-, después de haber sido empujado al barranco, por Palacios”(C.J.10°)*.

No obstante indicar lo omitido, la sentencia no analiza la concurrencia de esta tercera exigencia típica, es decir, no establece si el condenado estuvo en real capacidad o condiciones de realizar la conducta que la sentencia esperaba, y más importante aún, olvida establecer o acreditar que si el condenado hubiese prestado la ayuda que se le exige, ello hubiese evitado con una seguridad rayana en la certeza las lesiones que sufrió la víctima.

ante un supuesto de comisión activa, siempre que la acción precedente sea dolosa o imprudente, pero no ante un supuesto de comisión por omisión; Rodríguez Mesa, M. J. *La atribución de...*, cit. p. 103.

<sup>14</sup> El Código Penal, sanciona como falta en el art. 494 N° 14 a quien no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio

En relación con la capacidad o condiciones del condenado para realizar las conductas que se consideran omitidas, estimamos que dados los hechos probados, él no estaba en real posibilidad de realizarlas. En efecto, la propia sentencia da por establecido que producto del empujón de P.M., la víctima queda malherida en la base de un barranco cortado a pique, 12 metros monte abajo, en pleno invierno, en un sitio con nieve y de noche, y que el acusado, al igual que la víctima, presentaba hipotermia.

Lo que la sentencia exige es que S.I.C.O., un adolescente que se encontraba perdido en la noche en la montaña, que padecía de hipotermia, hubiese descendido 12 metros, de noche por un barranco cortado a pique a auxiliar a la víctima. Estimamos que tal comportamiento, dadas las particulares condiciones físicas en que se encontraba S.I.C.O. y las condiciones materiales del lugar, no le eran exigibles, por cuanto, jurídicamente no es exigible una conducta con la que el garante ponga en grave peligro sus propios intereses.

Por otra parte la exigibilidad de una conducta que implique la puesta en peligro del propio sujeto exige además que se ponderen las reales posibilidades de éxito, siendo relevante para afirmar la inexigibilidad de la conducta el hecho que las posibilidades de salvar a la víctima sean ínfimas, ello por cuanto, desde el punto de vista jurídico, carecen de sentido tanto las conductas inexigibles, como las conductas inútiles<sup>15</sup>.

En la especie, las conductas cuya omisión se atribuye al condenado, eran tanto inexigibles, por el riesgo o peligro propio que implicaban, como inútiles, por cuanto la víctima ya se encontraba lesionada o eran ínfimas las posibilidades de evitar las lesiones que sufrió a consecuencia del empujón propinado por un tercero con antelación a la supuesta omisión que se imputa a S.I.C.O. Nadie controvierte que en los casos de inexigibilidad de otra conducta la omisión es atípica.

Finalmente en cuanto a la exigencia que la realización de la conducta omitida hubiese podido evitar la aparición del resultado, no cabe sino afirmar su no concurrencia. En efecto, conforme lo señala la doctrina para atribuir un resultado a una omisión previa se debe acreditar que la realización de la conducta esperada hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad o certeza. En la especie ¿cómo hubiese podido evitar la ayuda omitida por S.I.C.O., las lesiones a la víctima, si éstas ya se habían producido con anterioridad? Sólo se puede evitar lo que está por suceder, no lo pasado.

<sup>15</sup> Aguado Correa, T. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, 2004, p. 188.

#### IV. Conclusiones

La conducta que se dio por establecida en relación con el acusado S.I.C.O. como de autoría en comisión por omisión, tanto de homicidio simple frustrado, como de lesiones graves gravísimas, es incorrecta, ya que en la especie no concurren todos los elementos que la tipicidad objetiva de dicho tipo penal exige en su forma comisiva impropia. Lo anterior, ya que conforme a los hechos probados por la sentencia S.I.C.O. no estaba en posición de garante por *inferencia*, por cuanto él no realizó una actividad previa ilícita creadora de una elevada probabilidad de daño para la víctima y el daño sufrido por esta no provino de la omisión que se le atribuye a S.I.C.O., sino del actuar de un tercero. Las conductas cuya omisión se atribuye al condenado eran tanto inexigibles, por el riesgo o peligro propio que implicaban, como inútiles, por cuanto la posibilidad evitar las lesiones sufridas por la víctima eran ínfimas, ya que estas ya se habían producido con antelación a la omisión atribuida. La realización de la conducta esperada no hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad o certeza, ya que ese resultado se había producido con anterioridad.

#### V. Texto íntegro de la sentencia

C/ SEBASTIÁN IGNACIO CAMPOS OSSES y  
SEBASTIÁN IGNACIO PALACIOS MONROI  
HOMICIDIO SIMPLE - FRUSTRADO y  
LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS  
ARTÍCULO 391 N°1 y 397 N°1 DEL CÓDIGO PENAL  
RUC: 0900668416-2  
RIT: 179-2011  
CÓDIGO DE DELITOS: 00702-00709/

Chillán, veinticuatro de agosto de dos mil once.

Vistos, oídos y considerando:

**PRIMERO:** *Tribunal e Intervinientes.* Que durante la audiencia del día 17, 18 y 19 de agosto de 2011, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, integrada por las juezes titulares de este tribunal Marcela Ramírez Santana, Claudia Montero Céspedes y María Paz González González, se llevó a efecto el juicio oral para conocer de la acusación dirigida en contra de: **SEBASTIÁN IGNACIO CAMPOS OSSES**, cédula de identidad N° 18.215.116-5, de 19 años de edad, soltero, empleado de Correos de Chile, con domicilio en Cerro Roble N° 1458, Población Los Volcanes, Chillán; y **SEBASTIÁN IGNACIO PALACIOS MONROI**,

cédula de identidad N° 18.155.257-3, de 18 años de edad, soltero, estudiante de Enseñanza Media, con domicilio en pasaje 1 Oriente N° 27, Población Rosita O'Higgins, Chillán.

Ambos acusados legalmente representados por las defensoras penales públicas Paula Mujica Placencia y Marcia Soto Vargas, con domicilio en Arauco N°343, Chillán.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto Juan Rohr Bocaz, domiciliado en Avenida Libertad N° 213 de Chillán.

Asimismo, intervino como querellante el abogado de la corporación de asistencia judicial Juan Pablo Ortega Arrollo, domiciliado en calle Independencia N° 95, Chillán.

**SEGUNDO:** *Acusación.* Que, de acuerdo al auto de apertura de juicio oral, la **acusación fiscal a la que se adhirió el querellante** es del siguiente tenor:

“El 14 de julio del 2009 en horas de la tarde la víctima en compañía de los 2 acusados se encontraban en el sector Shangrilá de la comuna de Pinto, alrededor de las 19:30 horas de ese día, encontrándose los 3 juntos en un pequeño monte con un borde cortado a pique, existente en ese sector y producto de una discusión el acusado Palacios Monroi procedió a empujar a la víctima menor de edad Carlos Orellana Caro, lanzándolo desde una altura aproximada de 12 metros cayendo la víctima entre las rocas y la nieve existente en el lugar, sufriendo un TEC y politraumatismos graves, que lo dejan en coma, dejándolo ambos acusados abandonado en el lugar, no aportando los acusados dato alguno de lo ocurrido a personal policial, siendo encontrada la víctima solo de manera fortuita por rescatistas, horas después de la ocurrencia de los hechos, en un delicadísimo estado de salud. A consecuencia de estas acciones la víctima resultó con lesiones y secuelas que lo dejaron inútil para el trabajo”.

El Ministerio Público estima que los hechos referidos configuran el **delito frustrado de homicidio calificado**, descrito y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal en concurso ideal con el **delito consumado de lesiones graves gravísimas**, descrito y sancionado en el artículo 397 N° 1 del mismo Código, delitos que se le atribuyen a los acusados en calidad de autores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal. Agrega que concurre respecto de ambos acusados la regla de determinación de pena del artículo 21 de la Ley 20.084. Beneficiándolos la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y perjudicándolos las agravantes previstas en el artículo 12 N° 12 y N° 1 del citado Código. Y solicita se imponga a cada uno de los acusados, **SEBASTIÁN IGNACIO CAMPOS OSSES y SEBASTIÁN IGNACIO PALACIOS MONROI**, la pena de **5 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social**.



Asimismo, solicita que previa toma de muestras biológicas se ordene incluir su huella genética en el registro de condenados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N°19.970, con expresa condena en costas.

**La querrela** deducida en contra de ambos acusados, según informa el auto de apertura del juicio, es del siguiente tenor:

“Manuel Enrique Orellana Umaña, empleado, domiciliado en Población Vicente Pérez Rosales, calle Cardenal Caro N° 331, Chillán, en calidad de padre de Carlos Manuel Orellana Caro, de 18 años, señala que el día 14 de julio de 2009, mientras participaba en un paseo cordillerano en el sector de Shangrilá, en Las Trancas, su hijo salió a caminar con los dos imputados, de cuyo paseo solo regresaron estos últimos, relataron que habían perdido de vista a su hijo y que este se había extraviado, luego de esto empezó una intensa búsqueda en el sector, con las complicaciones climáticas propias del invierno, hasta que un lugareño del sector lo encontró de casualidad tirado en el suelo a un lado de un risco. Seguidamente su hijo estuvo en coma por un período cercano a dos meses, señalando cuando despertó que esto no había sido un accidente, sino que había sido empujado por el imputado Sebastián Palacios. Actualmente su hijo se encuentra en tratamiento en la Teletón, en la ciudad de Concepción, para recuperarse de la discapacidad física con que quedó luego de que el imputado lo empujara en la cordillera”.

**TERCERO: Alegatos.** En la **apertura el Ministerio Público** indicó que en este juicio acreditará, más allá de toda duda razonable, los hechos y la participación culpable de los acusados en los delitos por los que presentó acusación. Señalando que el presente juicio versará sobre lo que ocurrió el día 14 de julio de 2009 y las consecuencias que los hechos produjeron en la salud de la víctima, no sobre la impecable conducta de los acusados. Señaló que este caso hay que verlo desde la lógica y las máximas de la experiencia. Con la prueba que se rendirá, cualquier persona se dará cuenta que la prueba es inequívoca. Es natural que los jóvenes salgan de paseo con amigos, y el regreso sea conjunto, pero también es normal que cuando se sienten perdidos, es necesario mantenerse unidos. La víctima no conocía el lugar, ni cómo irse de ahí, considera que el ofendido tenía la suma intención de no separarse de sus amigos, los acusados. Además, el sitio del suceso es muy decidor, es un monte con 12 metros de altura, es altura que equivale a ser arrojado desde el cuarto piso del edificio del tribunal. El ascenso al monte fue conjunto; en ese contexto, no es posible que hubiesen perdido contacto entre los tres amigos. Además el lugar no es una selva, Shangrilá es poco poblado de árboles. Añadió que en el caso que se hubiera perdido el contacto visual, el auditivo no se pierde hasta 80 metros de distancia. Luego la caída de la víctima, así como sus gritos, se escuchan a más metros aún, porque lo que cayó fue un cuerpo de una persona viva. Los acusados escucharon todo. Ellos fueron encontrados antes que la víctima, éste fue hallado horas después, y los enjuiciados en ese espacio de tiempo no aportaron ningún dato de la víctima a nadie, y no porque hubiesen caminado

tanto, ya que entre el cuerpo de la víctima y el lugar donde los acusados fueron encontrados por los rescatistas hay 180 metros. Subir la loma del monte demora 3 o 5 minutos. Anticipó que la víctima dirá que Palacios lo empujó, pero ambos lo dejaron abandonado. La víctima no tiene ganancia secundaria con el juicio ni con una condena, el ofendido no mejorará su salud, él por estos hechos quedó discapacitado de por vida. Su familia no ha demandado civilmente, no han pedido ni un peso a los hechores. Pero la sociedad necesita ser reparada, por la vulneración al mínimo deber de humanidad.

El querellante manifestó que no se discutirá que hubo un paseo de tres jóvenes amigos, que ellos salieron a caminar, que se extraviaron en el lugar, que pidieron auxilio, que les instruyeron que se mantuvieran juntos, que caminaron cuando oscurecía, que hubo una discusión. Hasta ahí no chocan las versiones. En lo sucesivo sí. Primero en las características del cerro. Si cae por accidente, es imposible que los acusados no escucharan. Tampoco se discutirá el daño sufrido por la víctima como consecuencia de la caída. La familia de la víctima sólo quiere justicia. No fue un accidente.

**La defensa de los acusados en la apertura** señaló que tres buenos amigos han visto marcadas sus vidas por un accidente, uno resultó lesionado y los otros dos enfrentan a la justicia por cargos de homicidio calificado, siendo inocentes. Los dichos de sus representados son coherentes entre ambos y cada episodio tiene una explicación. Ellos dirán que en las vacaciones de invierno de 2009 Sebastián Palacios invitó a dos amigos, Carlos y Sebastián, a compartir en la montaña, en una cabaña, junto a sus padres. Estuvieron varios días recorriendo el sector. El 14 de julio en la tarde se les ocurre ir a un sector Shangrilá, al Refugio, hoy abandonado. Ahí se sacaron fotos, en el regreso a la cabaña se perdieron. Palacios había hecho el recorrido en verano, no en pleno invierno, con nieve, estaban perdidos, pero siempre comunicados por celulares con los carabineros de las Trancas y con el padre de Sebastián. Estaba tan oscuro, que los carabineros no los veían, y ellos a los carabineros tampoco. Como iban por la orilla del río, los carabineros les dicen que suban el cerro, que no se sube en 3 ni 5 minutos, estima que el tiempo de subida hay que contextualizarlo: frío, nieve, oscuridad, mientras subían, Carlos se cayó y no llegó arriba. Eso es lo que pasó. Por las condiciones climáticas es imposible que los acusados escucharan a la víctima, además Carlos tenía serios problemas al corazón, enfermedad preexistente, la defensa cree que es posible que a tantos metros sobre el nivel del mar, con hipotermia y mojado, es probable que haya sufrido un desmayo o síncope. Lamentablemente Carlos resultó gravemente lesionado, con las secuelas graves, incluso falta de memoria. Considera que sus dichos no son fiables, en cuanto a que sus amigos hayan querido matarlo. En la formalización, la Juez de Garantía no tuvo por acreditado el hecho, menos la participación. Solicitó la absolución de sus representados.

En la **clausura el Ministerio Público** señaló que la prueba de cargo según su parecer permite formar convicción de cada uno de los hechos de la acusación, la

fecha, la hora y el lugar, asuntos que no fueron discutidos. Tampoco se discutió la existencia de un cerro o pequeño monte que tiene un murallón de piedra cortado a pique de 12 metros de altura. Sobre este punto dieron cuenta la víctima, los acusados, los otros medios de prueba, los testigos y los peritos. De igual forma no se discutió que los tres amigos subieron este pequeño monte. Pero aquí radica la discusión: el empujón de Palacios a la víctima por el barranco de 12 metros, la víctima con sus dificultades explicó y re-explicó este evento. El suelo del lugar en que cayó la víctima también se probó. Respecto del abandono de los acusados a la víctima, estima que este hecho o circunstancia fue sólo más o menos discutida, porque los acusados informaron de esto que nada dijeron a nadie, respecto del lugar dónde vieron por última vez a Carlos. El fiscal reiteró que el sitio del suceso era un pequeño cerro a pique con 60 metros en la diagonal, de fácil acceso. El supuesto ascenso dificultoso pretendido por la defensa deja en peores condiciones a los acusados, porque si era tan difícil subir, más tardaron en hacerlo y menos aún se pierde contacto visual, y menos el auditivo. En la soledad de la cordillera la pérdida de contacto auditivo es imposible, así lo dijeron varios testigos, incluso los acusados que sí escucharon ruidos de gatos y perros. Manifestó el fiscal que en esta parte, cobra relevancia la participación de Campos, de hecho está probado que Palacios empujó a la víctima. Campos debió bajar ese pequeño cerro, socorrer a la víctima, permanecer a su lado. Pero no fue así, sino que surge un pacto de silencio, se quedaron en el mismo cerro, y a los rescatistas no les dijeron nada sobre el cuerpo de Carlos, que estaba a 170 metros del lugar en que fueron encontrados, cuando se contactan con los carabineros, nada dijeron, en la tenencia tampoco. Este abandono es homicida, cada uno tiene el dominio del hecho. Tal vez pensaron que no pasaría nada (*piola*). Pasó el tiempo y ante la Policía de Investigaciones contaron una historia increíble, la misma que contaron aquí, y se justificaron con la desaparición, Carlos desapareció, y si efectivamente se hubiese desaparecido, Carlos cayó cerro abajo, entonces los enjuiciados igual lo habrían escuchado caer y gritar. También le resulta muy ridículo inventar que la noche estaba oscura. Con las hipótesis del homicidio en el lanzamiento y en el abandono, están probados. Cree que después de ver a la víctima caminar 3 o 4 pasos bastó para probar la gravedad de las lesiones.

La defensa en su tesis de descargo apuntó a la ficción: un ataque cardíaco de la víctima en el monte, y que cayó en silencio sin que nadie lo sintiera, como una pluma. La defensa no pudo derivar el hecho que Carlos era un joven deportista y muy vital. Esta hipótesis defensiva es ilógica, porque la caída de un cuerpo inerte sería más ruidosa. Agregó que la defensa también pretendió que la víctima tenía faltas de memoria, pero eso en concreto podría haberlo demostrarlo, pero no lo hizo. Por último, la víctima y su familia no ganan nada con este juicio, no tienen ni han tenido ganancia alguna.

Concluyó señalando que estos hechos son muy graves, reñidos con el derecho, la moral y la mínima humanidad.

**El querellante** manifestó que hay que distinguir tres momentos, el paseo de los tres amigos, se pierden, llaman. Se mantienen juntos hasta la parte baja del cerro. En este momento hubo dos versiones, la de la víctima y las de los acusados. Cuando Carlos fue encontrado, llevado a diversos hospitales, no hubo discusión. Estima coherente y contundente que los acusados dicen que la víctima subió primero, que después lo hizo Campos, quien dijo que cuando llegó arriba Carlos no estaba, en cambio Palacios dice que sí lo vio subir. Los acusados en no más de 6 metros de la orilla del barranco, fueron encontrados por los rescatistas. El abogado querellante indicó que la prueba permite presumir que los tres jóvenes llegaron arriba, pero hubo una discusión, y la propia víctima dijo que fue empujado por Palacios, y que lo vio de reojo. No fue un accidente, la víctima siempre dijo en su relato coherente y lúcido que el acusado Palacios lo empujó. La prueba de cargo superó a la duda razonable. Además su madre dio cuenta que sólo quieren justicia.

**La defensa en el cierre** al término del juicio se pregunta si el fiscal probó o no los hechos de la acusación, señalando que técnicamente no lo hizo. En primer lugar refirió la Sra. Defensora que debe descartarse el homicidio calificado. Eran tres amigos en un paseo en la montaña, en que un día salieron a caminar y a sacarse fotos, pero ellos se perdieron, se les perdió el camino de regreso, estaban en una situación extrema, situación que considera acreditada por todos los que estaban ese día en la zona. Día de invierno, sin luminosidad, como dijo Saldivia. Además eran menores de edad, estaban desesperados en esta situación límite, con riesgo vital los tres. Mucho frío y mojados. Señaló también que el lugar al que subieron por instrucción de Valenzuela no era de fácil acceso, como lo es en la primavera y con luz del día. Las declaraciones de los acusados han sido siempre las mismas, si hubiese algo diferente, el Ministerio Público lo hubiese contrastado. No tenían la intención de, ni querían matar a la víctima. Respecto de Carlos, señaló que efectivamente sufrió graves secuelas, tantas que el detective Contreras no le pudo tomar declaración, y un año después sí lo hizo Machuca, pero a éste le dijo que cayó de punta y no decúbito dorsal, y que los acusados se cambiaron ropa. Refirió que la víctima no siempre ha prestado la misma declaración, debido a sus tremendos problemas de salud y sobre todo sus problemas neurológicos, considera que es menos fiable la declaración de una persona que tuvo un coma. Afirmó que el carabnero Valenzuela aclaró diversos aspectos, que Saldivia no fue capaz de aclarar, que él quedó a cargo del teléfono, que se comunicó con los jóvenes por teléfono, que a él también le contaron que se había perdido un tercero, confirmó la presunta desgracia efectuada por Palacios padre, sustentada en su preocupación por los muchachos. Reconoció que también participó socorro andino y señaló que el padre de Palacios estuvo permanentemente preocupado, hecho que fue negado por Saldivia, que también negó la existencia de dos grupos de jóvenes extraviados.

Rodrigo Contreras, en su primer informe, concluyó que no hay intervención de terceros en el hecho.

Para hacer una acusación tan grave deben probarse todos y cada uno de los hechos de la acusación. No probó la discusión, el abandono tampoco, porque ellos estaban perdidos, no tenían cómo buscarlo, si no lo sintieron. A los rescatistas no sabemos si les dijeron algo de Carlos, no vinieron. Con los carabineros sus representados siempre tuvieron contacto telefónico.

El Ministerio Público acusó por homicidio calificado, pero sin señalar a qué calificante se refería. En cuanto al concurso, lo que corresponde es la consunción, no los puede tildar de dos delitos.

Sus representados no tenían la intención, no sabían ni querían dar muerte a Carlos. Es un hecho lamentable, y puede pasarle a cualquiera. Eran amigos.

Para condenar por homicidio calificado debe existir certeza que los acusados tenían dolo directo de matar a la víctima, y la calificante el Ministerio Público debió probarla.

En definitiva solicitó la absolución, porque no se probó que los acusados participaron en un homicidio calificado en grado de frustrado.

**En la réplica**, el Ministerio Público manifestó que la defensa dijo que los acusados estaban en una situación límite, desesperados, pero es precisamente esa condición lo que provocó la comisión de hechos deleznable. La víctima no ha sido inconsistente, y efectivamente sus defendidos siempre callaron lo mismo, no dijeron dónde dejaron de ver a la víctima. A Valenzuela, ex carabinero, le parece poco creíble, porque recordaba de memoria lo escrito en un parte confeccionado hace dos años en lo que convenía a la defensa, sin recordar el nombre de su jefe. Los acusados estaban perdidos, pero ellos tenían celular. En cuanto a la calificación jurídica, refirió que si alguien empuja a alguien 12 metros abajo, si lo abandona de noche y en la nieve, se actúa sobre seguro, con alevosía. Sin perjuicio de ello, les perjudica la agravante del 12 N° 12. Y la calificación del concurso ideal no es invención suya, lo dicen Politoff, Matus y Ramírez en su texto en la página 50.

El querellante sostuvo que el relato de la víctima no ha sido inconsistente, siempre ha dicho que fue Palacios, otra cosa es que ahora se le entienda mejor. Los discursos de los acusados sí han sido inconsistentes.

La defensa al replicar expuso que se ha restado mérito al funcionario Valenzuela, no existe motivo para que venga a arreglar la prueba de la defensa, además su declaración guarda relación y lógica con las de sus representados. Solicitó que se dé pleno valor a este testimonio. En cuanto a la calificante, la haya o no entendido, no está en la acusación. Tampoco procede aplicar la agravante genérica del artículo 12 N° 1, consiste en actuar a traición, aprovecharse de la indefensión de la víctima, y la del 12 N° 12 tampoco, porque a los tres se les oscureció, los tres perdieron el



rumbo, los acusados debieron haber aprovechado y ello en base a la naturaleza y accidentes del hecho, tampoco concurre.

**CUARTO:** *Autodefensa de los acusados.* Que los acusados Sebastián Campos Osses y Sebastián Palacios Monroí, habiendo sido advertidos de los derechos que en tal calidad ostentan, entre otros, el derecho a guardar silencio, y de las consecuencias que importa su renuncia, ambos optaron por renunciarlo, prestando declaración en la oportunidad y forma establecida en el artículo 326 del Código Procesal Penal, manifestando cada uno de ellos libremente lo siguiente: **Sebastián Campos Osses** refirió que su compañero Sebastián Palacios lo convidó el sábado 11 de julio, en las vacaciones de invierno de 2009, a pasear con su familia. Palacios también invitó a Carlos. Indicó que primero dijo que no a la invitación, pero después que sus padres le dieron permiso, llamó a Sebastián y le dijo que se iría el domingo siguiente. Llegó al día siguiente, fueron a buscarlo el papá de Sebastián, Sebastián y Carlos. En la cabaña compartieron un rato y salieron a sacarse fotos. El martes decidieron ir a caminar, fueron al refugio que conocía Sebastián, ahí llegaron como a las 15.30 o 16.00 horas. De camino se fueron sacando fotos. De vuelta, como ya era tarde, las 5.30 horas, decidieron devolverse por otro camino más corto, caminaron hasta que Sebastián se dio cuenta que no conocía el camino, porque era invierno, en el verano no hay ni agua. Cuando se sintieron perdidos, Sebastián llamó primero a los bomberos y después a los carabineros, él también llamó, porque llevaba celular. Sebastián también se comunicó con su papá. Siguieron caminando a la orilla del río, hasta que se oscureció, hasta que quedaron entre dos cerros, siempre estuvieron los tres juntos. Ahí los carabineros les dicen que traten de subir para que ellos puedan pillarlos. Carlos subió primero, el segundo y por último Sebastián. El cerro que subieron era muy empinado, costaba subirlo, se alumbraban con los celulares y la cámara fotográfica. Subió Carlos hasta arriba, él lo alumbraba mientras subía; después subió él, debía ayudar al Sebastián, alumbrarlo, en ese momento Carlos se les perdió. Lo llamaban. Estaban en permanente contacto con los carabineros. En ese momento los carabineros dijeron por teléfono que habían encontrado a Carlos, pero era otro joven perdido. Arriba, con Carlos perdido, sin avanzar más, sintieron un aullido como de gato. Estuvieron ahí mucho rato, mojados, él empezaba a tiritar, escucharon un ladrido de un perro, se pusieron a cantar, y dos rescatistas los encontraron de suerte. Estas personas los condujeron hacia los carabineros. Él y Sebastián dijeron que Carlos se les había perdido. Unos rescatistas fueron a buscarlo. En el retén estuvieron como 2 horas con el papá de Sebastián hasta que el gringo de los rescatistas les dice que encontraron a Carlos malherido. Después ellos se fueron a la cabaña, hasta el día siguiente.

Interrogado por el Ministerio Público, respondió que era amigo de la víctima, fueron compañeros de curso en 1° y 2° medio. Fue sólo una vez a casa de la víctima. Carlos hacía educación física, jugaba fútbol, era bueno. Ese martes, cuando decidieron salir de paseo, el tiempo estaba bueno, no llovía ni nevaba. Salieron cerca de las 2 o 3, llegaron al refugio como a las 5.30 horas. El único que conocía la ruta al refugio

era Sebastián, Carlos no sabe. La ruta de regreso la eligió Sebastián. Él también se percató que se habían perdido. Estaba todo oscuro. En el retorno llamaron a los bomberos, Sebastián los llamó, pero no sabe si habló con ellos, porque después estaba hablando con los carabineros, quienes les instruyeron que no se separaran, igual instrucción les dio el padre de Sebastián. Así permanecieron, juntos. Juntos subieron la loma de 12 metros, la loma era bastante inclinada. Carlos subió primero, él lo alumbraba con su celular, situado pocos metros más abajo, no recuerda la distancia con precisión. Tampoco recuerda a cuántos metros estaba el otro Sebastián. Cuando Carlos subía y Sebastián subía los escuchaba. Nunca estuvieron los tres arriba al mismo tiempo, porque Carlos subió primero, y siguió, no sabe a dónde, porque cuando llegó arriba no lo vio más. Cuando se dieron cuenta de que Carlos no estaba, empezaron a gritarle. Arriba *después de un rato* se comunicaron con un carabinero, le dijeron que eran dos, porque se les había perdido un amigo. Los carabineros les dijeron que ya lo habían encontrado, pero *eran otras personas*. Pensó que Carlos se había ido solo, pero le pareció raro, porque no conocía el lugar. En la loma, recuerda que estuvieron *harto rato*, hasta que los encontraron los rescatistas (con ellos venía el perro). *A ellos y a los carabineros les dijeron que en esa loma habían perdido contacto con Carlos*. Carlos andaba sin celular ni linterna.

Al querellante respondió que desde la parte baja hasta arriba no sabe cuánto tiempo demoró. No recuerda cuánto había avanzado cuando dejó de ver a Carlos, y Palacios aún estaba abajo. A él lo alumbraba Sebastián, él alumbraba a Carlos con su teléfono.

A la defensa indicó que alumbró a Carlos desde abajo, desde el suelo. Cuando Carlos subía él y Sebastián estaban abajo, en el plano. Mientras él subía, no llevaba el celular en las manos. No sabe quien llevaba la cámara fotográfica, luego señaló que era de Sebastián. Se le exhibieron diez fotos de las ofrecidas como otros medios de prueba, fotos que daban cuenta que los acusados y la víctima estuvieron de paseo en la montaña.

Tribunal: el cerro era inclinado. Cuando él llegó arriba no estaba Carlos. Ahora señaló que la cámara la tenía Carlos. Afirmó que no sabe en qué lugar encontraron a Carlos.

**Sebastián Palacios Monroí** manifestó que el martes 14 de julio de 2009 decidieron ir al refugio, al que había ido dos veces antes, pero en verano. Salieron como a las 15.00 o 15.30 horas, llegaron al lugar aproximadamente a las 17:00 horas. Ahí lo llamó su papá, para preguntar dónde estaban. Le dijo que ya iban de regreso. Indicó que se le ocurrió irse por un camino más corto, que era el que había hecho las otras veces, pero como era invierno, había un río, por causa de los deshielos, caminaron por la orilla del río. Pero se perdió, porque no recordaba el camino. Como se oscureció llamó a los carabineros, pero no respondieron al llamado, después llamó a los bomberos, que dijeron que harían los contactos para encontrarlos.

Como a los 5 minutos llamaron de nuevo a los carabineros de las Trancas, ahí él le dijo la ruta en la que estaban y que andaba acompañado con dos personas más. Señaló que los carabineros los monitoreaban por teléfono, recomendándoles que permanecieran juntos. De pronto, mientras avanzaban, se situaron entre dos cerros, desde ahí no se veía el horizonte, no se sentían balizas, ni nada. Los carabineros les dijeron que subieran uno de los cerros, en definitiva tomaron el del lado izquierdo, que era más empinado. Subió Carlos, después Campos y al final él, sólo tenían celulares para alumbrar. Sebastián alumbró lo que pudo a Carlos, él ayudó a Campos, y éste desde arriba lo alumbró a él. Llamaron de nuevo a los carabineros, y les dijeron que ya habían subido el cerro, pero que Carlos se les perdió, que de él sólo sabían que había subido primero que ellos, pero los mismos carabineros les dijeron que tuvieran calma, porque a Carlos ya lo habían encontrado. Pasó un buen rato, y aparecieron dos varones y un perro, que los condujeron abajo. Una vez ahí, preguntó por Carlos, y le comunican que no era Carlos la persona que habían encontrado. Por eso los carabineros y los rescatistas, se quedaron ahí, y a ellos los llevaron al retén. Señaló que él y Campos declararon en los carabineros de Las Trancas, y que *su papá firmó una carta por presunta desgracia de Carlos*. Que, como 2 horas después, avisaron que Carlos fue encontrado *desbarrancado*. Los carabineros llamaron a la ambulancia. Su papá fue con la policía al lugar del accidente. Al día siguiente, los carabineros les devolvieron sus documentos.

Al Ministerio Público, el acusado Palacios respondió que él era amigo y compañero de colegio de Carlos, que Carlos hacía educación física, y que jugaba a la pelota, pero con dificultad, porque se cansaba. Señaló que eran muy cercanos. Que al hospital fue a verlo sólo una vez, para su cumpleaños, porque *gente experta le aconsejó alejarse de él*. Primero sus padres y amigos abogados de sus padre, pero no se acordó de los nombres. Puntualizó que el alejamiento se materializó después de declarar ante la Policía de Investigaciones, porque ellos también le dijeron que se alejaran de Carlos, que bastaba con llamarlo a diario. Añadiendo que su papá llamaba todos los días preguntando por la salud de Carlos. Sobre el punto, también dijo que fue a visitarlo a la casa una vez con otros compañeros de colegio y que no tuvo problemas con él. Añadió que él era el único que conocía la ruta de ida y retorno, él las escogió, Campos y Carlos no conocían el lugar. Después que habló con los bomberos, les dijo a los otros dos jóvenes que le dijeron. Indicó que con su celular se contactó siempre con los carabineros y con su papá, añadiendo que la recepción del celular era buena.

Manifestó que *la loma donde ocurrieron los hechos no era loma; que no subieron por una loma, sino por una quebrada rocosa, con pendiente empinada*. En el ascenso, a Carlos lo alumbraron desde abajo con los celulares, específicamente él con el acusado Campos. Era una ayuda mutua, todos se ayudaban. Un celular no alumbraba mucho, se alumbraba hasta donde alcanzaba la luz. Carlos subió solo. Iban subiendo de a uno. Primero Carlos, después Sebastián, y al último él. Manifestó que por la distancia no pudo escuchar a Carlos, pero después dijo que no. Para

luego indicar que desde 12 metros no se escucha, pero señaló que no sabe a qué altura o distancia estaba Carlos. Indicó que una vez en la cima, se veían las luces del camino, llamó a los carabineros, pero ya habían pasado más de 15 minutos sin tener noticia de Carlos. A los carabineros les dijo que les faltaba un amigo, pero ellos le respondieron que ya tenían al amigo que faltaba, y que esperaran ahí. Les creyó y obedeció. Estuvieron en la roca hasta que los encontraron, no sabe cuánto tiempo pasó, pero se le hizo largo, por el frío. Los encontraron dos caballeros que andaban con un perro. Señaló que no recuerda haber dicho a los señores que los encontraron que en esa misma roca había desaparecido Carlos, sí recordó que les dijo que faltaba uno. Recuerda que de camino aclararon que perdieron de vista a Carlos en la roca. Señaló que a Carlos Orellana lo encontraron como a las 12 de la noche, no supo dónde.

Al querellante le señaló que no sabe cuál de los tres demoró más en subir la roca, debía ser un tiempo prudente, había que subir con calma, no sabe cuánto demoró cada uno. Explicó que dejó de iluminar a Carlos cuando se dieron cuenta que ya había llegado arriba, lo vieron y lo escucharon desde arriba, andaba con polera blanca.

A su defensa indicó que en 2009 estaba en 3° medio F, Campos era compañero de curso y Carlos estaba en otro curso, pero todos en el mismo colegio. Manifestó que el día 14 de julio los tres andaban desabrigados, sin ropa apropiada. En la cabaña donde se alojaban estaban su familia, sus amigos y una amiga de su hermana. La defensa exhibió 12 fotografías en las que el acusado apareció con la cabaña en la que estaba el declarante con su familia y amigos. Al final de la audiencia, ambos acusados guardaron silencio.

**QUINTO:** *Convenciones probatorias.* Que según da cuenta el auto de apertura del presente juicio oral, los intervinientes acordaron como convención probatoria la siguiente: Que la víctima y los acusados a la fecha de ocurrencia de los hechos eran menores de edad.

**SEXTO:** *Prueba rendida en el juicio.* Que en la etapa de probatoria la prueba de cargo fue compartida por la defensa, quien además de tener testigos de cargo, aportó prueba exclusiva. Corresponde señalar que todos estos medios de prueba fueron rendidos e incorporados en forma legal a la audiencia de juicio oral, y **constan íntegramente en el registro de audio.** Y a continuación se detallan en extracto y síntesis.

Prueba de Cargo

**PERICIAL. 1. Luis Sáez Muñoz.** Médico radiólogo. Manifestó que informó un scanner de cerebro, donde verificó una fractura frontal y un hematoma epidural región occipital.

Preguntado por el Ministerio Público, señaló que estas lesiones son graves gravísimas, de sólo ver las imágenes, porque él no ve al paciente, él es radiólogo.

A la defensa respondió que la fractura frontal supone que se debe a un politraumatismo importante, sin conocer el origen.

**2. Claudio Bañados Arias.** Perito fotógrafo de la Policía de Investigaciones. Señaló que el 12 de noviembre de 2010, entre las 17.00 y 17.30 horas, concurrió al sector Shangrilá, comuna de Pinto, en compañía del perito dibujante planimetrista Luis Domínguez y el oficial Rodrigo Contreras Sandoval, de la brigada de homicidios de Chillán. En el lugar se observó un sector que correspondía a vegetación y a un murallón de rocas. Se fijó fotográficamente el acceso al lugar donde y desde el que subió y cayó la víctima, todo registrado en 12 fotos incorporadas al juicio mediante su exhibición, explicación y reconocimiento como otros medios de prueba, fotos en las que se pudo apreciar lo siguiente: **1.** Lugar de acceso al lugar desde el camino público. **2.** Camino interior del lugar, por donde se accede al lugar de los hechos. **3.** Bosque por el que hay que internarse para llegar al lugar **4.** Contraplano de la foto anterior. **5.** Murallón de una altura aproximada de 13 metros, desde el cual cayó la víctima. **6.** Base del murallón. **7.** Lugar donde se encontró a la víctima. El tronco es el del árbol donde se ve el murallón completo. **8.** Vista parcial del murallón del lugar donde se encontró a la víctima. **9.** Vista opuesta a la otra foto. **10.** Foto desde abajo hacia arriba del murallón. **11.** Foto lateral del murallón, también se aprecia el árbol.

El perito explicó que a la base del murallón se accede por entre medio de la vegetación. Para llegar arriba desde abajo hay una huella, para subirla el esfuerzo que hay que realizar es el normal, y en subirla se tarda unos cinco minutos. La vegetación es nativa, de montaña.

Explicó que subió con los otros dos funcionarios. En el lugar se puede escuchar lo que otro habla en cualquier punto, se puede escuchar si algo cae, y también el roce de algo con el árbol. También dijo que desde el murallón al camino público debe haber unos 100 metros.

A la defensa indicó que la pericia se hizo en primavera, no había nieve. Supo que ese era el lugar en que encontraron a la víctima por el oficial policial, no habló con los testigos rescatistas. No observó río ni cauce de agua en el lugar, tampoco ríos secos. El sendero para subir el murallón no lo midió, no puede dar el número exacto, tampoco recordó si el sendero era *en subida*.

Desde el camino público vecinal hasta el lugar al que le dijeron que la víctima había caído, no recuerda cuanto demoró, unos 5 o 10 minutos.

**3. Gregor Pinto Carrasco.** Médico cirujano, médico legista. El 7 de junio de este año, realizó pericia a Carlos Orellana Caro, era acompañado por su madre y refería



que en un paseo a la nieve había discutido con Sebastián Campos, en la que también intervino Palacios, quien lo empujó y que él cayó en un barranco, esto ocurrió en julio de 2009. Fue atendido en el consultorio de Pinto, después fue derivado al hospital local y desde aquí, a la UCI del hospital de Temuco. La historia clínica del hospital de Chillán informa politraumatismo grave, TEC grave con fractura occipital, daño axonal difuso, una gastrostomía, una fractura corporal de la vértebra lumbar 7, y una epilepsia secundaria al TEC. Al examen físico se presentaba bradipsíquico, bradilálico, con trastorno severo de la marcha y el equilibrio, con lenguaje pobre, pero coherente y no lograba fijar la mirada.

**Conclusión.** Lesiones compatibles con caída de altura, de carácter grave, que debieron evolucionar entre 180 a 240 días, con igual tiempo de incapacidad. Sugirió al Ministerio Público solicitar informe a la Teletón para determinar fehacientemente el nivel de secuelas funcionales y psíquicas.

Al querellante indicó que Carlos estaba lúcido, orientado y su relato fue consistente. Después de aplicarse al perito Pinto la técnica de litigación del artículo 332 del Código Procesal Penal, recordó que en su informe consignó que Carlos Orellana quedó como secuela definitiva y permanente un daño neurológico severo que lo lleva a un alto grado de dependencia, señalando que lo sostuvo porque cuando lo evaluó ya había pasado tiempo, y esas secuelas eran irreparables. El perito también fue categórico en afirmar que si una persona cae desde 12 metros de altura, lo normal es que muera, y con mayor razón si queda abandonado en la nieve.

A la defensa manifestó que examinó la ficha clínica del periciado, en este documento sólo venía consignado lo relativo al evento traumático. El daño axonal difuso se produce por el edema cerebral, este daño axonal conceptualmente importa la muerte de neuronas en diversas áreas no precisadas del cerebro, azarosamente, porque por el edema alguna o algunas neuronas no reciben sangre, y esto implica daño en órgano. El joven tiene daño severo del habla, del equilibrio, y otro no precisado de su capacidad cognitiva, pero estaba orientado y lúcido.

**4. Luis Domínguez Chávez.** Perito planimétrico. Manifestó que el 12 de noviembre de 2010 en compañía de un oficial de la Policía de Investigaciones, y el perito Bañados, concurreó al sector Shangrilá sin N°, para inspeccionar personalmente un sitio del suceso. Señaló que éste es abierto, había un cerro con un murallón con corte a pique, con vegetación nativa. Empleó un distanciómetro láser que mide distancias y también un GPS navegador que lo usó para ubicar el lugar de los hechos, empleó coordenadas UTM, para después en la oficina ingresar los datos recogidos en el GPS, en un programa o en el google, que entrega las coordenadas exactas, conforme a las del GPS. La altura de la muralla era de 13.35 metros, y ese lugar se encontraba a una distancia del camino público a Shangrilá de 175 metros y a 3.030 metros del camino que une el camino a Chillán con el de las Termas. Para realizar la pericia realizó todas las mediciones posibles. Para subir al murallón, que no era tan alto,

emplearon las huellas o senderos, se demoró poco tiempo en subirlo (5 minutos aproximadamente). También señaló que la vegetación en el lugar es nativa, pero no frondosa. Cuando subía, veía a sus compañeros y también podía conversar con personas a unos 60 o 70 metros. Añadió que la caída de un objeto del murallón se podría escuchar a más de 50 metros, porque existe vegetación.

A la defensa respondió que la pericia la hizo el 12 de noviembre y con luz de día. Las huellas del muro no estaban cubiertas con nieve.

Los oficiales investigadores conocen del hecho, del sitio del suceso, de los testigos, y que él como perito planimétrico interviene cuando el oficial a cargo o el Ministerio Público se lo solicita.

No recuerda haberse cruzado con un curso de agua cerca del murallón. Entre el camino Shangrilá y el sitio del suceso no se encontró con ningún curso de agua, afirmando que el río Renegado lo conoce.

**TESTIMONIAL. 1. Sergio Saldivia Ojeda.** Carabinero. Manifestó que se enteró de los hechos por a nivel 133 en la oficina de guardia de la tenencia las Trancas. El llamado indicaba que había tres jóvenes perdidos en el sector Shangrilá. Se les instruyó que permanecieran en el lugar, que no avanzaran, porque estaba oscuro, había nieve, además por las características del suelo. Indicó que se comunicó dos veces más con los jóvenes, siempre se les dijo que no se desplazaran, para poder llegar al sector El Refugio, pero no pudieron llegar ahí en vehículo, por la nieve. Llamaron a los jóvenes, pero ellos ya se habían desplazado. En las comunicaciones que mantuvo con los jóvenes no le dijeron que hubiese uno extraviado, y él tampoco les dijo que hubiesen encontrado a un joven. Señaló que primero encontraron a los dos "Sebastián". Después a Carlos. Cuando encontró a los dos primeros, estaban mojados con principio de hipotermia, los individualizó, les preguntó por Carlos, porque sabía que de los tres jóvenes, dos se llamaban Sebastián y el otro Carlos, pero no le respondieron, se miraron y le dijeron que había quedado más atrás. No le dijeron en qué lugar perdieron contacto con Carlos. Tampoco refirieron por qué no cumplieron con las instrucciones que les había dado. Explicó que tomó contacto directo con los acusados a las 00.30, y que a Carlos lo encontraron 3 o 4 horas después. Lo encontraron a 180 metros al oriente, desde donde él se encontró con Campos y Palacios.

Dijo que en ese sector un grito con el eco se escucha a más de 200 metros, sobre todo a esa hora.

Carlos fue encontrado decúbito dorsal con la cabeza direccionada hacia el sur, con una pequeña pendiente, había mucha vegetación, árboles y piedras. Todo lo observó con una linterna, además vio que 3 o 4 metros más arriba había ramas quebradas, y metros más arriba, una roca, de la que presume el testigo cayó la víctima.

A la defensa el testigo indicó que los llamados de los jóvenes fueron recibidos a nivel 133 en la red fija, como tiene visor de llamadas, los llamó después desde el celular fiscal. También respondió que con antelación al juicio oral declaró en la Policía de Investigaciones.

Manifestó que en el primer llamado, los jóvenes dijeron que estaban en El Refugio, y se les dijo que no se movieran. Después los llamó y ya se estaban desplazando por la ribera del río Renegado, se les dijo que no lo hicieran, porque era más peligroso, pero igual lo cruzaron, entonces les dijo que subieran a la copa de un árbol, y que emplearan el celular para iluminarse. Añadió que los jóvenes no estaban equipados para tanta inclemencia climática. Explicó que a Sebastián Palacios y a Sebastián Campos los encontraron civiles, uno de ellos un francés. Después llegaron ellos, los carabineros. Señaló que avanzaron como "atacando la montaña", después de unos 15 minutos, otro carabinero y el francés llegaron con los acusados, fue ahí cuando les preguntó por Carlos.

Indicó que ese día hubo más personas extraviadas, eran cinco, pero por el lado de las termas, eran jóvenes esquiando fuera de pista, a la hora que las termas cierran. Bajaron esquiando hasta las trancas por nieves vírgenes, por eso se desorientaron, pero ellos llegaron caminando, se perdieron aproximadamente entre las 18 y las 22 horas.

A él con los contactos telefónicos que tuvo, no se le confundieron los grupos perdidos, no sabe si el oficial de guardia se confundió o no.

No supo de estampe por presunta desgracia respecto de los jóvenes perdidos, lo natural y normal es buscarlos.

Ese día en la tenencia vio al padre de uno de los acusados. Después llegaron los padres de Carlos, conversó con su mamá, ella le dijo que Carlos tenía un problema de insuficiencia cardiaca, por eso se comunicó con el médico de turno, que también habló con la señora. Ella también le señaló que Carlos tomaba una serie de medicamentos.

Supo el lugar en que estaban los acusados, porque él y su colega llegaron a pie. Cuando se encontró con Palacios y Campos, sabía que ellos habían caminado unos 10 minutos, desde el lugar hacia atrás. Pero el lugar exacto donde los encontraron no lo vio.

No sabe de distancias entre el lugar en que encontraron a los acusados y el que encontraron a Carlos. A Carlos lo encontró el francés y además otros operativos policiales, porque que a él le correspondió ir a buscar a la ambulancia.

No recuerda que hayan llamado al socorro andino. A Gastón Ocares lo conoce, pero no recuerda si estaba en el lugar y en ese momento.

Normalmente se llama al socorro andino en estos casos. En este en particular, como estaba en la población, se preparó para la búsqueda, pero no sabe si el funcionario de guardia llamó o no al socorro andino.

Aclarado por el tribunal, señaló que los acusados dijeron que Carlos quedó atrás. Pero que él entendió que se les perdió o que había quedado atrás por agotamiento.

**2. Carlos Manuel Orellana Caro.** Víctima. El día de los hechos en la tarde estaba en una cabaña en Las Trancas, con sus amigos fueron a turistar al refugio y a sacarse fotos. De regreso se oscureció, se perdieron y desviaron el camino, no lo encontraron. Llegaron hasta un barranco a esperar a los carabineros. Fue arrojado a un precipicio de 13 metros aproximadamente, **lo arrojó un entrañable amigo**, Sebastián Palacios, alias el Pelao. Campos estaba al frente de él, discutían por una niña. Recuerda que mientras caía gritaba y se agarró de las ramas, y se golpeó muy fuerte en su cabeza, le quedó un orificio.

A la defensa indicó que cuando fueron al refugio tomaron fotos, *las tomamos*, se turnaban, cree que la pregunta es tan obvia que cualquiera sabría la respuesta. Él no andaba con su teléfono, lo había dejado en la cabaña. Sólo sabe que a él le pasaron un teléfono, con el que llamó y habló con los carabineros. Cualquiera sabe que si bajamos una cascada, cualquiera se moja. ¿Cómo una persona que va de paseo a sacarse fotos llevaría muda de ropa? Hubo una discusión por una niña, con Sebastián Campos, a la niña le decían Chocho, discutían por ella. Él dijo a Campos que había pasado algo entre ellos, y él en ese momento se rió, porque tenía miedo, y le respondió que ellos dos también estaban *cagados* de miedo, pero que no se *cagaría* a un primo. Tuvo algo con la niña, y le pidió las disculpas pertinentes. Habló con ella. Palacios lo empujó por la espalda, se volteó y lo miró de reojo.

Al tribunal aclaró que se perdieron porque llegó la noche, cruzaron un riachuelo, una cascada. Al barranco llegaron caminando, todos empapados de agua. Llamaron dos veces desde el barranco, la primera llamada la hizo Palacios, la segunda la hizo él. En ambas llamadas, los carabineros les dijeron que no se movieran del lugar. Después subieron el barranco, ahí, primero llamó el padre de Palacios, por el alta voz, este caballero dijo que permanecieran en ese lugar porque iba al tiro con los carabineros a buscarlos. Después fue la discusión con Campos. Explicó que dijo a Sebastián Campos que estaba *cagao de miedo*, y su amigo le dijo lo mismo, pero que *no cagaría* a un primo, y en ese momento Campos dijo *ya, Pelao*, y éste se le acercó y *me empujó con las dos manos por la espalda*. Manifestó que todavía no entiende por qué se metió Palacios, en ese tiempo él era más chico que ellos. Dijo que mientras sucedió esto, Campos miraba.

**3. Jeannette Caro Ávila.** Mamá de la víctima. Su hijo era muy amigo de Campos, a Palacios lo conoció el año del accidente, no había una relación estrecha con palacios. Jugaba a la pelota con Campos, eran parte del mismo equipo en el

liceo. Su hijo era muy deportista, sus clubes obtuvieron varias medallas, entrenó con la selección de Huachipato, tiene diplomas como mejor arquero, el fútbol era su pasión. Carlos tenía un soplo funcional de nacimiento (congénito), por el que jamás se le indicó que no hiciera deportes, sino que hiciera su vida normal. Para el soplo se le hizo una vábuloplastia, que es una sonda desde la ingle al corazón para ensanchar la arteria pulmonar. Esto fue aproximadamente a principios de 2006. Después de la intervención su vida fue muy normal, las ecografías de corazón salían todas normales.

Dijo que su familia todos los años va a la cordillera a los baños termales, en un bus, porque son muchos.

En cuanto a los hechos, su hijo Carlos fue de paseo invitado por Palacios al sector de las Trancas por unos días, junto a la familia de Palacios. La primera comunicación fue con los carabineros del sector, y después con el padre de Palacios, que llamó a su marido, le contó que Carlos estaba perdido. En la segunda llamada este caballero dijo que lo habían escuchado gritar y pedir auxilio. En ese momento estaban listos para ir a buscarlo, incluso para retarlo. En la segunda llamada dijo que lo escucharon gritar y que lo habían encontrado. Intentaron comunicarse con su hijo, pero el celular daba al buzón, se fueron al retén de las Trancas. Aquí fue la parte más triste de la historia, supo que Carlos estaba mal, que estaba con cortes en la cabeza, inconsciente, en espera de la ambulancia. Ella les dijo que por la endocarditis debe recibir por vía venosa antibióticos para evitar la infección. Trasladaron a Carlos a Pinto, donde trataron de estabilizarlo, estuvieron mucho rato, una enfermera les dijo que estaba muy grave, mientras esperaban una ambulancia de Chillán, lo trasladaron al hospital de Chillán a la sala de reanimación, como no habían camas UCI disponibles, hubo que trasladarlo a Temuco. Así de grave estuvo, dos meses en coma. Cuando salió del coma, quedó postrado, era una guagua de 16 años, hubo que enseñarle todo de nuevo, con ayuda de la Teletón. El tiempo que Carlos no hablaba, se comunicaba con las manos y ojos, mediante gestos. Un día que se enfermó de neumonía, ella le dijo ¿Cómo te fuiste a caer? y él le hizo con las manos indicándole que no se cayó. Con las manos y cabeza indicó que no se cayó, y con las manos hizo hacia adelante en señal de haber sido empujado.

Palacios fue a visitar a su hijo el día que le operaron la columna, era el cumpleaños de Carlos, pero no lo vio. Al tiempo después, en octubre, noviembre fueron los dos acusados, con otros compañeros. Entraron a verlo en dos grupos, Campos subió, pero se arrinconó. Cuando entró el grupo de Palacios, éste le dijo *¿cómo estás papito?* Carlos se empezó a desesperar, haciendo gestos como para que saliera de la pieza, a acelerarse; como su hermana vio a Carlos tan alterado, les pidió a todos los chiquillos que salieran del dormitorio.

Señaló que de vuelta de Temuco se acercaron a la casa de Campos para hablar con él, estaba solo, le preguntaron qué pasó: si habían bebido o fumado algo, en



busca de una explicación de por qué no sintieron nada, pero sólo decía "¿No sé por qué el Seba me dejó solo? ¿Por qué se fue a Parral?" Les dijo que Carlos iba subiendo el barranco, adelante, y que ellos lo alumbraban con un celular y una cámara, y que de repente no lo vieron más. Entonces ella y su marido le preguntaron ¿Cómo no vieron ni escucharon nada? y Campos respondió que creyeron que Carlos había seguido caminando. Pero la constante, en esta conversación, eran las preguntas que Campos se autoformulaba, de no saber por qué Sebastián Palacios lo había dejado solo.

Explicó que cuando Carlos pudo hablar, dijo que Palacios lo había empujado al barranco. Que después fueron a ver el barranco. Era un barranco cortado a pique, ahí hay una loma, por donde subieron a ver el barranco desde arriba, la loma era de fácil acceso de unos 60 metros, para subir, el barranco unos 12 o 13 metros. Indico que fueron al lugar y subieron la loma, ella, su marido, su hermana. Manifestó que subió en no más de 5 minutos. Mientras subían se escuchaba y veía lo que pasaba al lado, y también arriba y abajo del monte. En la cima del barranco, se podía caminar, había rocas y plantas. La caída de un objeto se podía escuchar hasta del camino a Shangrilá, se escuchaban hasta los conejos.

Respondió que en el proceso de rehabilitación de su hijo, jamás han pedido dinero a las familias de los acusados. Lo único que ellos podrían haber hecho era devolverle a SU CARLOS, que no necesitan la plata sucia que ellos podrían darles, no sirve para recuperar a su hijo.

A la defensa la testigo indicó que su hijo en todas las vacaciones de invierno con la familia iban a la cordillera, y que ésta fue la primera vez que le dio permiso para ir a casa de un amigo, hecho que hasta el día de hoy se recrimina.

Ha declarado dos veces ante la policía voluntariamente. En los días previos al accidente, habló con su hijo, él debía volver el martes, porque tenía un campeonato de fútbol, pero le dijo que quería quedarse otro día para sacarse fotos. No conocía a los padres de Palacios. Reiteró que Carlos nunca tomó medicamentos por el soplo, ni aun cuando estuvo hospitalizado tomó remedios para el corazón. Si hubiese tenido un problema cardiaco, no habría resistido las enfermedades intrahospitalarias que adquirió.

Que cuando Carlos salió del coma, pudo comunicarse con él mediante gestos, pero se comunicó dos semanas después del coma. Y, verbalmente, a fines de octubre o principios de noviembre de 2009. Carlos dijo que discutió con Campos por la Chocho, pero no ha entendido por qué Palacios lo empujó. La Chocho iba con frecuencia a visitar a Carlos, él dijo algo como discutimos por ti, no por tu culpa.

Explicó a la defensa que cuando ella y su gente fueron en junio de 2011 al sitio del suceso. Estaba nevado. Era de día.

OTROS MEDIOS DE PRUEBA. La foto satelital del sitio del suceso aludida en la declaración del perito planimetrista.

DOCUMENTAL. Incorporada toda ella mediante su lectura en extracto, consistente en los siguientes instrumentos:

1. Dato de atención de urgencia N° 2073099 de fecha 15/07/2009, emanado por el servicio de urgencia del Hospital Herminda Martin de Chillán, perteneciente a la víctima Carlos Manuel Orellana Caro.
2. Dato de atención de urgencia N° 2096168 de fecha 22/07/2009 emanado por el servicio de urgencia del Hospital Herminda Martin de Chillán, perteneciente a la víctima Carlos Manuel Orellana Caro
3. Dato de atención de urgencia N° 2144014 de fecha 06/11/2009 emanado por el servicio de urgencia del Hospital Herminda Martin de Chillán, perteneciente a Carlos Manuel Orellana Caro.
4. Dos hojas de atención de paciente – box de reanimación de fecha 15 de julio de 2009, del hospital de Chillán.
5. Resumen Clínico de fecha 21 de septiembre de 2009, emanado del Hospital Herminda Martín de Chillán.
6. Informe N° 0012420 del Samu de fecha 15 de julio de 2009.
7. Protocolo operatorio de la víctima de fecha 1 de octubre de 2009 emanado del Hospital Herminda Martin de Chillán.
8. Protocolo operatorio de la víctima de fecha 31 de agosto de 2009 emanado del Hospital Herminda Martin de Chillán.
9. Informe THMC de columna lumbar practicado a la víctima, de fecha 4 de agosto de 2009.
10. Calendario con fases de la luna de julio del 2009.
11. Ciertas páginas de la ficha clínica emanada del hospital Herminda Martin de Chillan correspondiente a la víctima.

Prueba de la defensa.

TESTIMONIAL. 1. **Carlos Palacios Muñoz.** Señaló que trabaja en la Notaría Tejos, que es el padre del acusado Palacios. Añadió que el 14 de julio de 2009 su hijo

junto a Carlos Orellana y a Sebastián Campos salieron de paseo a tomarse fotos al sector de las Trancas. Él llamó y le dijeron que iban de camino *al refugio Shangrilá*. Mantuvo contacto telefónico, y alrededor de las 19 horas le manifestaron que estaban perdidos. Entonces se dirigió al cruce Shangrilá, donde se encontró con los carabineros que iban a buscarlos, ofreciéndoles su colaboración, pero los carabineros no aceptaron. Estuvo en contacto con personal de la tenencia, con el sargento Valenzuela. Pasado un rato le dijeron que Carlos había desaparecido, al rato después, el sargento Valenzuela le dijo que no se preocupara, porque ya habían encontrado a Carlos. Los carabineros que andaban en el refugio volvieron a la tenencia para encontrarse con Carlos y preguntarle por el sector donde estaban los otros, pero no era él. Después se dirigió a la tenencia Las Trancas, habló con los carabineros Saldivia y Valenzuela, y le dijeron que estampara *una presunta desgracia*.

También les dijo a los carabineros que llamaran a socorro andino, pero le dijeron que no era necesario. En ese momento llegó el abogado Lama, que lo ubicaba, entonces le contó que los jóvenes estaban perdidos. Con este abogado, los carabineros ubicaron a gente del socorro andino, y lugareños. Eran los señores Beltrán y Rebolledo. Ellos dos encontraron a su hijo y a Sebastián Campos. *Después de unas horas*, un carabinero llamó diciendo que oía gritos, eran de Rebolledo pidiendo ayuda, porque habían encontrado a Carlos. Escuchó que pedían ambulancia porque estaba lesionado. La ambulancia tenía problemas, él fue con un carabinero a guiarla, al lugar donde estaban los otros carabineros con Carlos. Una vez en la ambulancia, la víctima hizo un paro cardiorrespiratorio. En el consultorio de Pinto, como a la 01.00 aproximadamente, lo atendió el médico de turno. También como a esa hora se comunicó con los padres de Carlos. Después una ambulancia del SAMU lo trajo al hospital de Chillán, y después al de Temuco. A ese hospital fue a verlo, y tuvo contacto con el padre de Carlos.

Al momento del rescate, en el lugar, estaban Beltrán, Rebolledo, gente del socorro andino (el señor Ocares) y carabineros. El lugar donde estaba Carlos estaba lleno de matorrales, no se veía nada, no había luna, si se veía era por las luces de los automóviles y ambulancias, había nieve.

Con el padre de Carlos tuvo permanente contacto, hasta la formalización. Después lo perdieron, porque a los imputados se les prohibió contactarse con ellos.

Al fiscal del Ministerio Público el testigo señaló que su hijo era amigo de la víctima, eran compañeros de curso y jugaban al fútbol. Antes de la formalización, su hijo fue varias veces a verlo, pero a la UCI no se puede entrar. Fue a visitarlo a la casa, pero el padre de Carlos indicó que no podían ir sin previo aviso telefónico, por eso él no lo dejó ir, además el abogado le dijo que no le permitiera ir, fue el abogado Jaime Carrasco, no sabe quien más fue.

Como a **las 18 horas su hijo le avisó que estaban perdidos y que ya llamó a los carabineros**, él les dijo que tuvieran cuidado en el trayecto, y cuando **supo que Carlos se perdió, de lo que se enteró por carabineros y también por su hijo, se lo comunicó**, les dijo que trataran de no avanzar. Cuando declaró en la Policía de Investigaciones, no recuerda si dijo que Sebastián le informó que Carlos se había separado del grupo. **332.** *“Cabe señalar que la comunicación por celular era complicada, mala señal, pero su hijo le dijo que ya había llamado a los carabineros. Me comunicué con carabineros de Las Trancas cada media hora, como a las 19.30, en uno de esos contactos, Valenzuela le dijo que estuviera tranquilo porque ya había aparecido”.* Después de leer, indicó que fue el sargento Valenzuela quien le comunicó que Carlos había desaparecido. 332: Valenzuela le comunicó el desaparecimiento y aparición de la víctima.

Tomó contacto con su hijo en la tenencia de Las Trancas como a las 20 o 22 horas. Su hijo perdió contacto con la víctima cuando llegó arriba del risco –no recuerda si esto lo consignó en su declaración–. Después que encontró a su hijo, a Carlos lo encontraron aproximadamente 23.00 horas, como 1.30 o 2.00 horas.

Desde el retén hasta el lugar donde estaba la víctima, no puede responder, porque fue primero en busca de la ambulancia. Y, desde el camino que va a Shangrilá al lugar donde estaba Carlos no puede precisar cuánta distancia hay.

Al querellante respondió que esa noche era oscura, muy nevada, con matorrales y piedras. Apreció el risco, no apreció la cima.

**2. Ignacio Valenzuela Islas.** Carabinero en proceso de retiro. El 14 de julio de 2009 estaba agregado en la tenencia de Las Trancas, ese día se perdió un grupo de jóvenes, él quedó en la guardia. Como a las 17 horas llamaron unos jóvenes que estaban perdidos en el sector Shangrilá, la comunicación era mala por el celular. Habló dos o tres veces con ellos, ellos llamaban, y les dijo que subieran para que vieran las luces, de pronto en una llamada le dijeron que se perdió uno. Otros carabineros los buscaron y los encontraron como a las 21 horas, sólo a dos. Después como a las 23, encontraron al tercer joven, y que él mismo llamó a la posta de Pinto, desde donde después lo trasladaron al hospital.

También tomó declaración al padre de uno de los jóvenes, dijo que su hijo le había contado que venían bajando por la orilla de un surco de agua, como a las 17.30 el hijo lo llamó y le dijo que estaban perdidos. El caballero llamó comunicando que los jóvenes andaban perdidos. Al declarar el señor Palacios, no sabía mucha información de los amigos de su hijo Sebastián, sólo que eran compañeros de colegio.

Señaló el testigo que la primera vez que habló con estos jóvenes le dijeron que estaban perdidos, y él les dijo que subieran por si encontraban algún camino. La pista que dieron ellos era que estaban cerca de un canal, y que ingresaron por Shangrilá.

Ese día hubo otras personas en situación similar, andaban perdidos en el sector de valle hermoso. Ese día llegó a la guardia un joven de ese grupo, que lo confundieron con el que estaba perdido en Shangrilá. Esta confusión, la comunicó al personal de servicio que buscaba a estos jóvenes, no se lo contó a nadie más.

En el rescate en Shangrilá participaron: el jefe de tenencia, carabineros de Recinto y Pinto, el socorro andino, y pobladores, después llegó la ambulancia.

Al fiscal refirió que el parte lo confeccionó Saldivia ese mismo día, pero que fue él quien tomó la declaración al padre de uno de los jóvenes acusados, el parte no lo vio más, porque no pertenece a esa unidad, fue en préstamo, y no ha vuelto más a esa tenencia. Se acuerda muy bien, porque es carabinero y padre. El parte lo caratularon por presunta desgracia, el denunciante fue Carlos Palacios. A él le tomó declaración.

Las llamadas fueron consignadas en el parte, si no, no hubiese habido cómo justificar la búsqueda de los jóvenes. En el parte debe estar consignada la llamada en que los jóvenes comunican que se perdió uno de los tres. Este procedimiento estaba a cargo del oficial a cargo de la tenencia, cuyo nombre no recuerda. Saldivia fue con el teniente, porque él era el que más conocía el sector y a la gente de ahí.

Señaló que en la declaración del señor Palacios también debió consignarse la llamada que el acusado Sebastián Palacios efectuó a los carabineros comunicando la desaparición de la víctima. **332:** "Posteriormente a las 18.10 tomé contacto con ellos y me dijeron que estaban perdidos y que habían llamado a los carabineros, después me dirigí a la tenencia Las Trancas, los carabineros encontraron a Palacios y a Campos, extraviándose en el bosque Carlos Orellana Caro". Después de dar lectura al párrafo anterior, el testigo señaló que lo que está en la parte de la declaración que leyó no lo ha dicho él, sino el padre de uno de los encausados. Además no declaró en la investigación.

A los acusados los vio cuando llegaron a la tenencia, no le dijeron dónde se había perdido la víctima, esa información la recabó Saldivia.

**3. Rodrigo Contreras Sandoval.** Policía de Investigaciones. Entrevistó a los acusados, al padre de Palacios, la madre de la víctima y también fue al sitio del suceso con los peritos respectivos. Las diligencias fueron informadas a la fiscalía mediante tres informes policiales. En el primero constan las declaraciones de los mencionados y de don Gustavo Rebolledo. Rebolledo indicó que se enteró de la situación, porque observó a los carabineros en el sector, y se acercó para saber qué pasaba. Al saber lo sucedido se ofreció para apoyar en la búsqueda. Fue con dos personas más, y encontraron a los acusados. Se los entregaron a los carabineros. Que después se enteró que había un tercer menor perdido, con esta información continuó la búsqueda en el mismo sector, tuvo resultados, porque encontró a Carlos Orellana.



El segundo informe, si no se equivoca, se le había pedido entrevistar a la víctima, pero no era posible, porque él no le entendió bien, no recuerda la fecha exacta de esto, aun cuando después dijo el 18 de febrero de 2010.

En el primer informe concluyó que ocurrieron los hechos el 14 de julio de 2009. Por los dichos de los testigo se *estableció en ese momento que no hubo participación de terceros en las lesiones de la víctima considerando que éste no había declarado.*

Al fiscal indicó que tomó declaración a Campos Osses, quien le señaló que el único que conocía el lugar y las rutas era Palacios. En el retorno, según Campos, llegaron a un sector donde se encontraron con un cerro al que suben como escalando, *dijo que se podía escuchar bien y que todos subieron.* En ese momento se comunicaron con los carabineros. También dijo que cuando estuvieron los tres arriba del risco, pero que cuando subió el último, perdieron contacto con Carlos. Escucharon ruidos de perros y personas que gritaban, con quienes se encontraron. No señaló que a esas personas les haya dicho dónde perdieron contacto con Carlos. Cuando se encontró con los carabineros, según lo declarado, tampoco les dijo dónde perdieron contacto con Carlos. En la declaración de Palacios no se consigna que hubiese informado a los rescatistas y a los carabineros dónde perdieron a Carlos.

Expresó que el monte era como de 12 metros, tardó en subirlo unos 5 minutos, no tenía mucha vegetación.

El padre del acusado Palacios en su declaración no manifestó que los acusados hayan dado información sobre el lugar en que los jóvenes perdieron el contacto con Carlos.

**4. Domingo Muñoz Machuca.** Policía de Investigaciones. Tomó declaración a la víctima el 23 de julio de 2010 en su domicilio. Expuso que Carlos Orellana Caro estaba con su hermana Karina, postrado en cama, porque había sufrido varias lesiones en la cabeza, hacía un año a la fecha. Indicó que el 13 de julio de 2009 junto a sus amigos y compañeros de colegio, los acusados, fueron a una cabaña en la precordillera de Pinto, que alrededor de las 17 salieron a pasear, cerca de una cascada, que se mojaron, *pero los otros dos llevaron ropa.* Llegaron a un barranco de unos 20 metros, como estaba oscuro se perdieron del camino, llamaron en 3 ocasiones a los carabineros, dos las hizo Palacios y una él. Les instruyeron que se quedaran en el lugar. Cuando estuvieron en la parte superior del barranco, sintió que lo empujaron por la espalda y que al mirar de reojo vio que era el más alto, Palacios, y cayó por el barranco al suelo, perdió el conocimiento a ratos, hasta que lo rescataron.

Señaló que no sabe por qué Palacios lo empujó. Además ese día y los anteriores habían estado compartiendo en el lugar.

**5. José Joaquín Tejos Henríquez.** Notario público de Chillán. Señaló que fue presentado como testigo por un accidente en Las Trancas en 2009. Señala que es dueño de una cabaña en el lugar y ese invierno se la prestó a la madre del acusado Palacios, su prima. El testigo dio cuenta de los hechos ocurridos antes del paseo del día 14, fecha que no recuerda. Sí dio datos muy útiles de los hechos que motivaron el juicio, hechos que el testigo llama accidente. Se enteró al día siguiente, porque el padre de Palacios lo llamó desde el hospital, contándole que uno de los amigos de Sebastián había sufrido un accidente.

Como OTROS MEDIOS DE PRUEBA, la defensora incorporó las 22 fotos exhibidas a los acusados al inicio del juicio, en el orden en que fueron mostradas.

Respecto de la prueba documental incorporada por el Ministerio Público, en tanto prueba común, leyó parte del documento, relativo a las fases de la luna.

**SEPTIMO:** *Hechos acreditados.* Que este tribunal, apreciando la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado más allá de toda duda razonable el siguiente hecho:

Que el 14 de julio del 2009 en horas de la tarde Carlos Orellana Caro, en compañía de sus amigos Sebastián Ignacio Campos Osses y Sebastián Ignacio Palacios Monroi, todos menores de edad a esa fecha, salieron de paseo en el sector Shangritá de la comuna de Pinto, y cuando ya debían regresar a la cabaña en que los tres se alojaban, se perdieron, ya que extraviaron el camino. Que, aproximadamente a las 19:30 horas de ese día, los tres amigos, esperando ser rescatados por los carabineros del sector, subieron a la cima de un pequeño monte con un borde cortado a pique con una altura de 12 metros, existente en ese sector. Que, una vez ahí, se produjo una discusión entre Campos Osses y Carlos Orellana, y seguidamente Palacios Monroi empujó a Carlos Orellana Caro, lanzándolo desde el pique del monte, cayendo la víctima entre las rocas y la nieve existente en el lugar; dejándolo, Palacios Monroi y Campos Osses, abandonado en la base del barranco, además ellos no aportaron a la policía ningún dato de lo sucedido a Carlos Orellana, ni dónde se encontraba, quien fue encontrado fortuitamente por lugareños, horas después de la ocurrencia de los hechos en un delicadísimo estado de salud, puesto que producto del empujón y consecuente caída sufrió diversas heridas y golpes, entre otros, un TEC y politraumatismos graves, que le produjeron un coma. Además, como resultado de las heridas sufridas por Carlos Orellana, provocadas como consecuencia de las conductas de Palacios y Campos, quedó con secuelas que lo dejaron inútil para el trabajo.

**OCTAVO:** *Valoración de la prueba.* Que esta primera sala del tribunal de juicio oral en lo penal de Chillán, por unanimidad, dio por establecidos los presupuestos fácticos descritos en el considerando anterior. Para arribar a tales conclusiones de hecho

se valoró toda la prueba válidamente incorporada al juicio con libertad, pero en todo caso sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia humana y los conocimientos científicamente afianzados.

En primer lugar que de los hechos señalados y tenidos por probados en el considerando anterior no todos fueron discutidos por la defensa de los acusados, dicho interviniente no discutió en modo alguno que sus defendidos y Carlos Orellana eran **amigos**, que en razón de dicho vínculo afectivo el acusado Palacios convidó a pasear durante unos días de las vacaciones de invierno, en la cordillera, a sus amigos Sebastián Campos y Carlos Orellana. Tampoco hubo discusión en cuanto a que los hechos acontecieron específicamente el día 14 de julio de 2009, en el sector Shangrilá, comuna de Pinto; ni que los tres amigos salieron de la cabaña en la que se alojaban alrededor de las 15:00 a 15:30 horas; que llegaron al refugio abandonado; que se les hizo tarde; que intentaron regresar por un camino que no conocían, que se perdieron cuando ya se asomaba la noche, que por ese motivo se contactaron con los carabineros, que les instruyeron permanecer juntos y no moverse del lugar, pero sí se desplazaron hasta que llegaron a la base de un pequeño monte. Hay que tener presente que esta información principalmente está contenida en los dichos de los únicos tres testigos presenciales: los dos acusados y la víctima. Hasta este momento sus relatos son bastante concordantes.

Que hasta el punto del hecho referido y acreditado, lo único que intentó la defensa fue poner en tela de juicio la salud de la víctima Carlos Orellana, pretensión que no tuvo más asidero que en sus propios dichos, ya que en la autodefensa de Palacios Monroi señaló que solía jugar a la pelota con Orellana, que jugaba bien, que sólo se cansaba. Además entre las fotos que la defensa incorporó como otros medios se apreció el torso desnudo de la víctima, y lo cierto es que su cuerpo, antes de los hechos que nos reúnen, en la foto se aprecia como el de un joven sano y vigoroso. Por lo demás, si Carlos Orellana no hubiese sido una persona sana y deportista, como lo refirieron él, su madre, el perito Pinto Carrasco y el mismo acusado Palacios, no estaría vivo.

Tampoco hubo discusión en que los acusados fueron encontrados muy cerca del camino a Shangrilá por dos rescatistas particulares, que en dicho camino los esperaba personal de Carabineros, específicamente el carabinero Saldivia con un acompañante. Que cuando fueron encontrados, Carlos Orellana no estaba con ellos, y que fue encontrado aproximadamente 4 horas después, en la base del barranco por el que habían subido a la cima del pequeño monte de 12 o 13 metros de altura, botado en el suelo y muy malherido. Así tampoco hubo discusión respecto de la entidad de las lesiones de Carlos Orellana, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista de los hechos. Se probó con creces con la documental incorporada al juicio, con la pericia médico-legal, con lo depuesto por el médico radiólogo, con los dichos de la madre y con su presencia en estrados que este joven como consecuencia de la caída en el barranco resultó gravemente lesionado.

En efecto, el doctor Gregor Pinto, corroborando lo señalado en la ficha clínica del hospital de Chillán, indicó que Carlos Orellana, producto de la caída en el barranco, sufrió politraumatismo grave, TEC grave con fractura occipital, daño axonal difuso, hubo que practicarle una gastrostomía, fractura corporal de la vértebra lumbar 1, y una epilepsia secundaria al TEC. Además en su examen físico apareció que el joven se encontraba bradipsíquico, bradilálico, con severo trastorno de la marcha y el equilibrio, con un lenguaje pobre, pero coherente y que no podía fijar la mirada. Para concluir que todas estas lesiones eran compatibles con caída en altura, y que eran de carácter grave. También sostuvo que Carlos quedó como secuela definitiva y permanente con un daño neurológico severo, QUE LO LLEVA A UN ALTO GRADO DE DEPENDENCIA. En el mismo sentido, el perito explicó que el daño neurológico con el que debe cargar de por vida este joven tiene como origen la caída que entre otras lesiones provocó edema cerebral (inflamación), y el edema azarosamente produce la muerte de algunas neuronas porque no reciben sangre, y esto significa daño en el órgano –cerebro–. También explicó que las posibles causas de un daño cerebral pueden ser bastante comunes, por ejemplo, una intoxicación alcohólica. De lo anterior, teniendo además en cuenta la inmediatez que nos permitió ver y escuchar a la víctima, se deriva que las lesiones sufridas son evidentes, pero que el daño orgánico cerebral que padece en caso alguno significó que perdiera la capacidad de pensar, recordar y sentir.

Que, como se dijo, resultó acreditado que estos tres jóvenes subieron el pequeño monte, comenzando aquí la real discusión. Para la defensa y sus representados, su teoría del caso se fundó en la hipótesis de un accidente. El que se pretendió fundar básicamente en los siguientes elementos fácticos: en primer lugar, que los tres muchachos subieron el monte por la parte cortada a pique, de a uno. Que primero subió Carlos Orellana, según Campos lo alumbraba él, según Palacios, él con Campos. Lo dicho por los acusados se contradice en quién o quiénes alumbraban a la víctima, con qué y desde donde. Ahora bien, ambos enjuiciados indicaron que Carlos llegó a la cima del mismo monte, en cuya parte inferior horas más tarde fue encontrado. Sobre este respecto, parece prudente pronunciarse sobre algunas cuestiones de hecho bastante importantes, porque de aceptarlas se fallaría en contra de las máximas de la lógica y la experiencia humana. De hecho, si iban los tres subiendo el mismo cerro, cuestión que también señaló el carabinero Saldivia, Carlos llegó arriba, después lo encontraron casi muerto en la base de ese mismo cerro, es imposible que los encausados no lo hubieran escuchado caer, nadie ha discutido que en el lugar había vegetación, era de noche, pero los mismos acusados dijeron en el juicio que escucharon ruidos de animales. Es decir, se podía escuchar tan bien que pudieron distinguir el maullido de un gato. En este mismo sentido, **Contreras Sandoval**, al referirse a la declaración que le prestó Campos Osses, señaló que éste dijo que **se podía escuchar bien y que cuando estuvieron todos en el risco**, para después desdecirse e indicar que cuando estuvo en la cima Carlos desapareció. De más está decir que lo normal, aquello que regularmente sucede, no es que las personas se desaparezcan estando prácticamente al lado de los ami-

gos que lo acompañaban. Además la falta de crédito al planteamiento defensivo no sólo estriba en las innumerables contradicciones existentes en los dichos de los acusados, sino también en la prueba rendida por la defensa de manera exclusiva. En primer lugar, lo depuesto por Carlos Palacios, el padre de uno de los acusados, en primer lugar señaló que los carabineros del sector no lo tomaron en cuenta, en circunstancias que ambos acusados sostuvieron que siempre los carabineros estuvieron monitoreándolos; además dijo que supo que su hijo había sido encontrado y Carlos se había perdido por el carabiniere Valenzuela. Además, en contradicción a lo señalado por su hijo, indicó que éste dejó de ver a Carlos cuando llegó arriba del risco. Por último, este testigo, también contrariando lo dicho por los acusados, la víctima y personal de carabineros, dijo que la señal del celular era muy mala. En tanto Valenzuela comenzó su declaración indicando que él NO PERTENECÍA A LA TENENCIA DE LAS TRANCAS, QUE AL TIEMPO DE LOS HECHOS ESTABA PRESTADO, que no conocía el lugar, ni a la gente del sector. Su declaración pareció bastante confusa e incluso con rasgos de sesgo, lo que la hace no creíble ni verosímil, no merece crédito que un carabiniere prestado, que dijo que confeccionó el parte, recuerde todo lo acontecido con máximo detalle y no se acuerde del nombre del oficial, es decir, su jefe. Sus dichos no parecen plausibles como recuerdo, más bien parece una declaración estudiada y dirigida. Ahora bien, respecto de los testigos retenidos por la defensa, esto es, dos funcionarios de la PDI, en cuanto a Contreras Sandoval, el hecho que no haya tomado declaración a Orellana porque no se le entendía, ello no es óbice a que él sí pudiera comunicarse, la capacidad de comprender, lamentablemente es personalísima. Y si no tomó declaración al ofendido, no lo escuchó, por lo tanto sin conocer su versión de los hechos, difícilmente podría haber llegado a una conclusión diversa de la que manifestó. En cuanto a lo dicho por Muñoz Machuca, en cuanto a que Carlos Orellana, aparentemente le habría dicho sobre las mudas de ropa que llevaban sus amigos, pudo deberse a un error del detective, pudo haber entendido mal, porque no se puede desatender que cuando tomó esta declaración, un año después de la caída, parece obvio que la víctima estaba considerablemente menos rehabilitada, por lo que su lenguaje debió haber sido menos claro que lo que fue en este juicio. Y, aquí, dijo con toda precisión que ninguno de los tres llevaba ropa para cambiarse. Que además la tesis del accidente la defensa la justifica con las inclemencias del clima y la nocturnidad. Con respecto al clima, efectivamente estos hechos sucedieron en la cordillera y en pleno invierno, pero las fotos incorporadas por la propia defensa dan cuenta que la nieve ese día 14 de julio de 2009 no alcanzaba a cubrir ni los zapatos de los tres jóvenes. En cuanto a la luminosidad, efectivamente, como señaló la defensora, el día de los hechos la luna no estaba llena, sino que menguante.

Conforme a lo razonado, se desestima el planteamiento de la defensa, dándose lugar a la tesis de cargo, fundada en lo vivido por Carlos Orellana el día del hecho, es decir, que los tres subieron a la cima del cerro, que permanecieron ahí por un rato esperando ser rescatados, pero hubo una discusión entre el acusado Campos y la víctima. Campos solicitó la presencia de Palacios, y éste sin más empujó a



Orellana por el barranco. Obviamente se cayó, pasando por ramas de árboles, riscos hasta aterrizar. Y sus amigos, los acusados, no lo ayudaron, ni aun mínimamente. No bajaron a ver qué le había pasado, para socorrerlo, aun en la medida de sus posibilidades. Sino todo lo contrario, se fueron de la cima, caminaron unos metros hasta que los encontraron los rescatistas, a quienes nada dijeron sobre el paradero de Carlos, luego se encontraron con el carabinero Saldivia, quien incluso les preguntó por la víctima, y los acusados nuevamente no dijeron nada. Callaron, formándose en ellos, al parecer, un pacto de silencio que de no mediar el profesionalismo de carabineros y del socorro andino, así como la buena voluntad de los lugareños, no lo habrían encontrado vivo, o quizás, jamás lo hubiesen encontrado. Toda la prueba de cargo permite concluir que a los enjuiciados, uno por acción y el otro por omisión, no les importó NADA la vida, menos la salud de Carlos Orellana. De ello da cuenta, en primer lugar, el SILENCIO. ¿Para qué? Sin lugar a duda, para dejarlo morir, de otra manera no se entiende ni justifica todo este mutismo. Y después, cuando Carlos salió del coma, prácticamente no lo visitaron, lo evitaron, aconsejado el acusado Palacios por abogados expertos, y más aún cuando la víctima pudo comunicarse, primero con su mamá, manifestándole mediante gestos que lo habían empujado, y luego a penas pudo hablar, informar –con todas sus dificultades–, que él no había sufrido un accidente, sino que se había caído al precipicio porque Sebastián Palacios lo empujó, lo lanzó por el barranco, mientras que Sebastián Campos observaba. El sitio del suceso fue apreciado con suficiencia por el tribunal, mediante las declaraciones de los peritos fotográfico y planimétrico. Así las cosas, estos jueces hemos dado pleno valor a los dichos de Carlos Orellana, lo vimos, lo escuchamos, apreciamos que sus recuerdos son prístinos sus respuestas son claras, sin añadiduras ni enmendaduras. Él dijo, nombró a quien lo empujó, Palacios. El dijo que discutió con Campos. El dijo que discutieron por una niña apodada Chocho. El dijo que cuando Palacios lo empujó alcanzó a darse vuelta y mirarlo de reojo. Y todas estas afirmaciones no sólo las planteó en estrados, sino que desde el primer momento en que pudo comunicarse, como se dijo, primeramente con su mamá Jeannette Caro. Además Carlos en su declaración se refirió a uno de los acusados como **su entrañable amigo** ¿Qué interés podría tener en perjudicarlo? No se avizora alguno. Más aún si consideramos la actitud, desde el punto de vista patrimonial, de los padres de Carlos. A ellos no les interesa indemnización de perjuicio alguna, el daño que causaron los sentenciados es de por vida, no es susceptible de ser reparado, y menos con dinero. A ellos, con el juicio, sólo les importa que se haga algo de justicia. En este juicio no se aprecia ganancia pecuniaria alguna, ni de la víctima, ni de sus padres.

**NOVENO:** *Calificación jurídica.* Que como se indicó en el veredicto, la mayoría de este tribunal fue de opinión de calificar los hechos acreditados en párrafos precedentes como constitutivos del delito de homicidio –simple– frustrado, en concurso ideal con el delito de lesiones graves gravísimas. Que para arribar a dicha conclusión y establecer la calificación jurídica, luego de analizar con suma detención y prolijidad los hechos discutidos por la defensa, y que el tribunal los estimó probados, más allá

de toda duda razonable. Y en ese contexto de análisis que el tribunal debió situarse en las posibles soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han dado en casos similares. Así, empleando el ejemplo clásico de **A quiere matar a B, le dispara en la cabeza, A no mata a B, pero éste por el disparo pierde un ojo**. Con la sola lectura de este ejemplo aparentemente sencillo o incluso burdo, es posible afirmar por lo pronto que desde un punto de vista fáctico e incluso semántico coincide con la parte medular de los hechos probados, es decir, que Palacios, ante la presencia de Campos, empujó a Carlos Orellana por un barranco de 12 metros, Orellana cayó, pero no murió, sino que producto de la acción de Palacios resultó con lesiones graves gravísimas. Que, así las cosas, encontrándonos evidentemente ante la presencia de dos delitos, el gran problema en el caso que nos motiva radica en dilucidar cómo se penalizan. Al efecto la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia históricamente han aportado cuatro posibles soluciones: **1.** Castigar únicamente por homicidio frustrado. Solución bastante descartable, y no sólo por justicia material, sino también porque importaría aceptar que la mayor intensidad de dolo –de matar–, favorezca al agente, transformando el delito en un mero derecho penal de ánimo, prescindiendo del resultado. Además esta tesis no explica por qué el dolo de lesiones está ausente. Por otra parte, actualmente ninguna de las teorías modernas sobre dolo eventual considera que la habitual descripción de dicho elemento subjetivo (representación de un resultado como cierto), es insuficiente. Bastando con que el agente en su actuar cuente con que él puede realizar el hecho descrito en el tipo penal. **2.** Delito calificado por el resultado. En principio el delito de lesiones se califica por el resultado, pero como no se puede prescindir del elemento subjetivo en ningún delito, en efecto es difícil suponer un caso de supuesta calificación por el resultado, en el que dicho resultado no fuera previsible por el agente. Más aún, el derecho penal chileno, en tanto descendiente del derecho penal español, específicamente del Código de 1822, está estampado de eticidad, no castiga a nadie por su mera conducta. En Chile, hasta el momento, no se sanciona a nadie si no ha obrado a lo menos a título de culpa, luego admitir en nuestro sistema penal los delitos calificados por el resultado estaría reñido con el espíritu del sistema. Además esta postura resulta fácilmente objetable, porque si bien se castiga por el resultado producido (lesiones graves), ello se debe al dolo de homicidio, que supone la presencia de un dolo eventual de lesionar. Pero si fuera así, es decir, si se castiga sólo por el resultado lesiones, no existe justificación dogmática, ni jurídica, que justifique dejar impune el dolo homicida, considerando quienes adhieren a esta tesis sólo al desvalor de resultado, desmereciendo el de acción. **3.** Concurso aparente de leyes penales, no de delitos, sino de leyes. En esta posición, quienes la sustentan estiman que lo que corresponde es aplicar como principio de interpretación el de la absorción. Sin embargo, este criterio en el caso concreto resulta injusto, porque parece atendible que el desvalor del bien jurídico vida, en el homicidio frustrado, absorba a las lesiones que normalmente lo pueden acompañar y ser incluidas en el concepto. De interpretarse en sentido contrario, este desvalor de resultado –lesiones–, no consume la acción homicida, que a pesar de haberse frustrado, sensibilizó un bien jurídico de jerarquía superior al afectado por las lesiones.

Atendido lo señalado, se considera por la mayoría del tribunal, como única solución ajustada a derecho y a la justicia, calificar los hechos como un concurso ideal de delitos, que tiene lugar en aquellos casos en que se cometen dos o más delitos, perpetrados a través de un solo hecho. En efecto, el delito de lesiones graves incluye un resultado que desborda el de riesgo de vida, para significar o tener un desvalor autónomo, consistente en un daño considerable a la salud o integridad corporal. Además, como se anticipó, el desvalor de resultado de las lesiones graves gravísimas no consume el de la acción frustrada de homicidio, que significó un riesgo para un bien jurídico de jerarquía superior al que afectaron las lesiones. Luego, dada la pluralidad de bienes jurídicos de distinta entidad comprometidos (concurso ideal heterogéneo), no corresponde absorber el uno en el otro, toda vez que se configuró pluralidad de delitos a través de un hecho único, es decir un concurso ideal de delitos, respecto del cual corresponde aplicar las reglas del artículo 75 del Código Penal.

**DÉCIMO:** *Participación.* Que, respecto de los condenados Palacios Monroi y Campos Osses, ha quedado establecido, más allá de toda duda razonable, que ambos participaron en los hechos constitutivos de ambos delitos en calidad de autores, porque según se estableció, ellos intervinieron en los mismos según lo preceptuado en el artículo 15 N° 1 del Código Penal. En el caso de Palacios, a su respecto no existe duda de su calidad de autor ejecutor, pues intervino de una manera inmediata y directa, ya que como se estableció, fue este acusado quien dio el empujón a la víctima para que éste, en definitiva cayera por un barranco de 12 o 13 metros de altura. Que asimismo el enjuiciado Campos Osses, conforme a lo razonado en considerandos precedentes, se probó, más allá de toda duda razonable, que su participación en ambos hechos también fue en calidad de autor, pero a su respecto estimamos que se trata de casos de comisión por omisión. Al respecto, se hace presente que *delito* es una conducta humana, que puede consistir en una acción o en una omisión, típica, antijurídica y culpable. Que conviene señalar que existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos –vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad– también pueden cometerse mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una “acción” como en una “omisión”, el inciso 2° insiste en ello y el artículo 2° declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas.

Con todo, para que un delito de acción, como el homicidio y las lesiones, pueda ser cometido mediante omisión, es preciso, en primer lugar, que el autor se encuentre en “posición de garante” respecto al o a los bienes jurídicos que están amenazados por la situación (en este caso la vida y la integridad corporal de la víctima); es decir, es necesario que el agente se encuentre situado en una postura que lo constituya en custodio, en el caso “sub lite” de dichos bienes jurídicos, por estar en algunas de las constelaciones de casos que la doctrina ha ido consagrando como “fuentes de la posición de garante”. Pues bien, en el caso que nos ocupa, en cuanto al delito de

homicidio frustrado, el sentenciado Campos se situó precisamente en posición de garante de la vida y salud de Orellana, porque con su conducta creó el riesgo que amenazó a la existencia e integridad corporal de la víctima, a partir del momento en que fue lanzado al precipicio por causa del empujón que le dio Palacios, acción que fue presenciada por el sentenciado Campos.

Además de lo señalado, provocó suma impresión el hecho que después de arrojar por el precipicio a la víctima ambos encausados se fueron del lugar –cima del monte–, y no bajaron a ver si Orellana estaba vivo o muerto, tampoco dijeron a quienes los rescataron que el amigo de ambos se había caído por el barranco, no aportaron ni a los rescatistas ni a los carabineros algún mínimo dato del lugar en que dejaron de ver a Carlos Orellana. Los acusados no hicieron NADA, ni siquiera, según sus propios dichos, hicieron algo para ayudar a la víctima, dejándolo en la montaña, en pleno invierno, malherido, mojado y con hipotermia –al igual que ellos–, después de haber sido empujado al barranco por Palacios a la vista y paciencia de Campos. No dieron cumplimiento al deber mínimo de humanidad de socorrer a quien se encuentra en una situación tan extrema, máxime si consideramos que se trataba de un amigo, según la víctima, entrañable.

Como sustento de lo señalado, corresponde indicar que la opinión absolutamente predominante en el derecho comparado contemporáneo estima que una de las fuentes de la posición de garante es, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, el cual, en razón de ella, queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia para él el deber de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión.

Y es justamente lo acontecido en el caso de autos, el empujón al barranco contra Orellana, en presencia de Campos, y dejarlo botado 12 metros monte abajo, el acusado Campos se situó en posición de garante de la vida y salud de la víctima gravemente lesionada y, al omitir por completo toda conducta salvadora, Campos Osses incurrió en el homicidio cometido por omisión del ofendido.

**UNDÉCIMO:** *Decisión.* Que, tal como se adelantó en el veredicto, teniendo en consideración los hechos acreditados y la participación culpable y penada por la ley en los mismos, la sentencia que se dictará será condenatoria para los acusados Palacios Monroi y Campos Osses.

**DUODÉCIMO:** *Audiencia de determinación de penas y circunstancias relevantes.* El fiscal indicó que enfatiza puntualmente con la pena en concreto que resocializará a los acusados. Al efecto indicó que los hechos de la condena son de los más graves. Hubo autoría. Concurrían agravantes. Señaló que la pena necesaria para que estos jóvenes tengan respeto a los derechos de las personas, en este caso uno esencial, la vida, es una privativa de libertad. Además el mal causado por el delito, no el físico, sino el pro-

vocado a toda la familia de la víctima, la madre dijo *por estos hechos me entregaron un bebé de 16 años, al que hubo que enseñarle todo*. La afectación es para toda la familia y para siempre. Y también la afectación de la sociedad que representa como fiscal del Ministerio Público. Estima que la única sanción posible es la pedida en la acusación.

El querellante considera que la pena pedida es la correcta. La extensión del mal causado es tremenda.

La defensa, por sus representados, y no obstante haber escuchado la decisión, sólo se refirió a la penalidad del homicidio frustrado, situándolo en el tramo 3° del artículo 23. Solicitó la sanción de 30 horas de servicios a la comunidad, conforme los criterios del artículo 24, y la reinserción amplia. En subsidio, libertad asistida simple por un año.

Acompañando los siguientes antecedentes:

Por Sebastián Campos Osses: **1.** Informe social pericial evacuado por Carolina Toloza. **2.** Contrato de trabajo. **3.** Certificado del INSUCO, en el que se señala que obtuvo promedio 6,2, en tercero medio, fechado en septiembre de 2009.

Por Sebastián Palacios. **1.** Informe social pericial, evacuado por la profesional Carolina Toloza Maureira. **2.** Certificado de alumno regular de 4° medio. **3.** Certificado de la municipalidad de Chillán, que informa que el sentenciado ha ocupado la sala de musculación. **4.** Certificado del Club Deportivo Cruz Roja de Parral. **5.** Certificado de honorabilidad de un radio club en Chillán.

La defensa también señaló que se opone a la solicitud de pena de los acusadores, porque el arraigo social de sus defendidos es vasto.

El Ministerio público manifestó que la pena propuesta por la defensa no consigue que nadie respete el valor de la vida humana. Agregó que en este caso los controles parentales no sirvieron para nada el día y lugar de los hechos.

El querellante *no hizo comentarios*.

**DÉCIMO TERCERO:** *Modificadorias de responsabilidad.* Que, como se indicó en el veredicto, beneficia a ambos acusados la atenuante establecida en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior.

De igual forma se señaló que a ambos sentenciados les perjudican las agravantes del artículo 12 N° 1 y N° 12, del mismo código.

Respecto de la alevosía, conviene señalar que se entiende por alevosía, como circunstancia agravante de responsabilidad, cuando se obra a traición o sobre seguro.



En el caso que nos convoca, se ha considerado que la agravante se configuró en la hipótesis de obrar "sobre seguro", en estos hechos aprovechando oportunidades materiales que signifiquen la idea de marcada ventaja a favor del hechor. Lo fundamental es el hecho de que el delito se haya cometido, bien porque se aprovechó de esa situación ventajosa, o buscándola de propósito. Es por eso que la alevosía consiste fundamentalmente en aprovecharse del estado de indefensión del ofendido, aprovechamiento que en estos hechos resultó evidente.

Y en cuanto a la agravante del N° 12 del artículo 12, cabe señalar que dadas las características del lugar en que se cometieron los delitos por los que se condena a los enjuiciados, esto es, en la montaña, de noche, en un día de invierno, lugar en que no había más personas que la víctima y los dos condenados, es decir, un lugar solitario, resulta evidente que respecto de los delitos sobre los que versa esta sentencia la noche y el despoblado fueron beneficiosos para su comisión por los acusados.

**DÉCIMO CUARTO:** *Penalidad en abstracto.* Que la mayoría de de las jueces de esta sala del Tribunal de juicio oral en lo penal de Chillán estimamos, según se razonó, que en el caso que nos ocupa hubo un concurso ideal de delitos entre el delito de homicidio frustrado y el de lesiones graves gravísimas. El primero sancionado con una pena de presidio menor en su grado máximo y el segundo, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Que la forma de aplicar las penas en el concurso ideal está expresamente señalada en el artículo 75 del Código Penal, que establece la imposición de una pena única: la pena mayor asignada al delito más grave. Ahora bien, se hace necesario dilucidar dos cuestiones previas de suma relevancia: **1.** Parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia (a la que adherimos) son de opinión de aplicar las reglas del concurso real de delitos, si de aplicarlas resulta más beneficioso para el condenado. En el caso en concreto, la aplicación del artículo 74, hechos los cálculos correspondientes, con todas las variables a considerar, no resulta más ventajosa para los condenados. Y **2.** Sobre que debe entenderse por delito más grave, en este punto tanto la doctrina como la jurisprudencia, sostienen que hay que estar a lo señalado por el artículo 59 del Código Penal, al regular la escala de penas. Así las cosas, el delito más grave es el delito de lesiones graves gravísimas previsto y sancionado en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, en la hipótesis que a consecuencia de las lesiones resultó la víctima inútil para el trabajo.

**DÉCIMO QUINTO:** *Penalidad en concreto.* Que, teniendo presente la circunstancia que los condenados eran menores de edad a la época de comisión de los delitos objeto de este juicio, les es aplicable la normativa especial de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, normas que guardan directa relación con la determinación de la naturaleza y duración de la sanción a aplicar. Conforme a las normas de la ley en comento, en primer lugar el tribunal, conforme al artículo 21, debe rebajar la pena en un grado, determinándose en consecuencia

que el marco penal, conforme al derecho penal de adultos, se situaría en la penas de presidio menor en su grado máximo, pena que comprende entre tres años y un día a cinco años. Establecido este marco punitivo, corresponde determinar en qué tramo del artículo 23 de la Ley 20.084 nos encontramos, y conforme al tenor de la norma aludida, nos situamos en su número dos (2). Que, una vez verificado el tramo, la ley informa al tribunal el abanico de las penas especiales a imponer a los adolescentes, en el caso particular, privativas o restrictivas de libertad, o la libertad asistida especial.

Ahora bien, el artículo 24 de la Ley 20.084 establece ciertos criterios para determinar la naturaleza de la sanción, esto es, si la misma ha de ser cumplida con privación de libertad (total o restringida) o libertad asistida especial, para lo cual se tomó en cuenta lo siguiente:

- La gravedad del delito: En el presente caso, no sólo estamos en presencia de un homicidio en grado de frustrado en concurso ideal con el delito de lesiones graves gravísimas, siendo de esta manera uno de los ilícitos más graves contemplados en nuestro ordenamiento jurídico penal, contemplando para ello elevadas penas. Que dentro de un Estado de Derecho, la vida constituye el más primordial y supremo bien jurídico, cuyo valor no tiene precio dada la trascendencia que éste implica, puesto que del mismo se derivan todas las restantes prerrogativas humanas. Es inquestionable que nadie es poseedor del don de arrebatar una vida y que únicamente la muerte natural debe ser la que puede poner fin a ésta. Y, respecto de las lesiones graves gravísimas, muchas de éstas se pudieron apreciar en la audiencia de juicio. Fueron de tal entidad, que, como dijo la madre de la víctima, *"me entregaron una guagua de 16 años, tuve que enseñarle todo de nuevo"*. Vimos que Carlos Orellana no puede caminar sin alguien que lo sostenga, no controla gestos de su rostro, tiene dislalia, son tantas las consecuencias de las lesiones sufridas, que debe acudir a rehabilitación en la fundación Teletón. Además de todo ello, todo lo que le queda de vida, será una persona dependiente de otro, no recuperará la autonomía natural de cualquier ser humano sano.

- Que en los ilícitos en cuestión, Sebastián Palacios y Sebastián Campos participan en calidad de autores, el primero de ellos como autor ejecutor y el segundo como autor por omisión. En cuanto al grado de ejecución, el homicidio se frustró, pero las lesiones tuvieron un grado de ejecución consumado, al haberlo dejado evidentemente inútil para el trabajo. De esta forma, contamos con el máximo grado de participación y ejecución contemplado en la ley, por parte de los adolescentes infractores de Ley penal.

- Que concurrieron en los condenados dos agravantes, sólo tuvo en su favor una atenuante, a saber, la del artículo 11 N° 6. Que debido a su minoría de edad, es obvio que ello ocurra, máxime si hasta un año atrás la responsabilidad penal sólo comenzaba a los 16 años.

- Que si bien Palacios y Campos a la época de comisión de estos delitos tenían menos de 18 años de edad. El 14 de julio de 2009 Sebastián Palacios tenía 16 años, y Sebastián Campos 17 años. Eran adolescentes, no eran niños.

- Que en cuanto a la extensión del daño causado, éste se evidenció en audiencia con las declaraciones de la víctima y de su madre. En el presente caso se puso un fin a la vida de un joven deportista de 16 años, querido. No porque haya muerto, sino porque le destruyeron su vida, la de él antes de la tarde del 14 de julio de 2009. Que es una cuestión indiscutida el dolor y aflicción que produce en los padres el estado en que quedó su hijo, primero dos meses en coma, con la angustia que provoca dicho estado, y después, hasta el día de hoy, con la impresionante cantidad de secuelas con las que quedó, y peor aún, por la trágica manera en que éstas fueron causadas, como asimismo para la víctima que este daño se lo hubiesen ocasionado entrañables amigos.

- Que en cuanto al último de los criterios, esto es, la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, estas sentenciadoras pudieron apreciar la actitud desganaada demostrada por ambos acusados durante la audiencia, en sus declaraciones al inicio del juicio negaron los hechos, al final de la audiencia, después de escuchar toda la prueba, no declararon, en la práctica ambos acusados maquinaron una historia, la que por cierto a este tribunal no le pareció veraz, con el único propósito de exculparse y deslindar sus responsabilidades en el caso. Además, los sentenciados adolescentes, según se probó por la defensa con los documentos que incorporó en la audiencia de determinación de penas, no tienen problema alguno de inserción social, es más, en los respectivos informes sociales se da cuenta que ellos tienen familia, redes sociales de apoyo, escolaridad. En consecuencia, estas jueces, por mayoría, entienden que ante delitos tan graves sólo el reproche penal más estricto los hará fortalecer el respeto por los derechos y libertades de las demás personas, habida consideración por último que la decisión de adoptar el Régimen Cerrado, Semicerrado o la libertad asistida especial, es una prerrogativa exclusiva del Tribunal, de acuerdo a las disposiciones legales citadas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 11 N° 6, 12 N° 1 y N° 12, 14 N° 1, 15 N° 1, 47, 50, 391 N° 2 y 397 N° 1 del Código Penal; artículos 1°, 45, 48, 93, 259, 282, 284, 285, 286, 291, 295, 296, 297, 298, 306, 325, 327, 328, 330, 333, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 351 del Código Procesal Penal; y artículos 1°, 2°, 6°, 18, 21, 22, 23 N° 2 y 24 de la Ley N° 20.084, **SE DECLARA:**

**I.** Que se aplica a **SEBASTIÁN IGNACIO PALACIOS MONROI** y a **SEBASTIÁN IGNACIO CAMPOS OSSES** la sanción de **UN AÑO**, en la modalidad de **INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO CON PROGRAMA DE REINSERCIÓN SOCIAL**, en su calidad de autores del delito de homicidio simple en grado de frustrado en concurso ideal con el delito consumado de lesiones graves gravísimas, en menos-

cabo de Carlos Manuel Orellana Caro, perpetrado en la comuna de Pinto, el día 14 de julio de 2009.

**II.** Que, habiendo resultado totalmente vencidos, se condena a Palacios Monroi y a Campos Osses al pago de las costas.

**III.** Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 20.084, **se fija la audiencia del día 9 de septiembre de 2011, a las 13:00 horas**, para la aprobación de los programas personalizados de actividades que deberá proponer el director del Centro que se haya designado para el cumplimiento de la sanción contenida en este fallo. Oficiese, en tal sentido, vía correo electrónico, al Coordinador Judicial del SENAME.

**IV.** De conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N° 19.970, en su oportunidad determiné, previa toma de muestras biológicas, la huella genética de los condenados **SEBASTIÁN IGNACIO PALACIOS MONROI y SEBASTIÁN IGNACIO CAMPOS OSSES**, e inclúyelas en el Registro de Condenados a que dicha ley se refiere.

Devuélvanse en su oportunidad a quien corresponda los documentos y otros medios de pruebas incorporados en la audiencia.

Atendido lo dispuesto en los artículos 14 letra f) y 113 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 468 del Código Procesal Penal, una vez ejecutoriado el fallo, remítanse copias autorizadas del mismo al Juzgado de Garantía de Chillán, para su oportuno cumplimiento.

Póngase al sentenciado a disposición del mencionado Juzgado, oficiándose. Se previene que la magistrado Montero concurre a la decisión de condena, estimando que los hechos que se dieron por establecidos en el basamento séptimo únicamente configuran el delito de lesiones graves gravísimas, y no el de homicidio simple en grado de frustrado en concurso ideal con el delito de lesiones graves gravísimas, basado en que la acción desplegada por el enjuiciado Palacios y la omisión en la conducta de Campos no pueden generar dos tipos penales distintos, se trata de una sola acción que se materializó en un resultado. De seguir la tesis del concurso ideal en el caso que nos ocupa, importaría una abierta vulneración a los principios *non bis in idem* y *ne bis in idem*. Además, considerando el contexto en que se desencadenaron los acontecimientos, queda claro que tanto la víctima como los enjuiciados desarrollaron actividades de esparcimiento sin problema alguno, y que teniendo presente la declaración del afectado se generó una discusión entre éste y Campos, por una mujer, una vez que ya se encontraban perdidos, lo cual generó una reacción desmedida de Sebastián Palacios y empujó a Carlos, cayendo del monte.

En suma, los hechos declarados probados en la presente resolución constituyen legalmente un delito de lesiones previsto y sancionado en el artículo 397 N°1 del Código Penal, al concurrir en los mismos todos los elementos integrantes del referido ilícito, con lo que se excluye, por los motivos que después se dirán, la calificación como delito de homicidio en grado de frustrado por el que venía acusado, al resultar de la prueba practicada en la audiencia, y valorada con arreglo a los criterios contenidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los presupuestos que permiten apreciar la existencia de un ánimo de lesionar (*animus laedendi o vulnerandi*) en lugar de una inequívoca voluntad de matar ("*animus necandi*") en la actuación pretendida por los acusados. De la valoración y del resultado de las pruebas rendidas, resulta cumplida y suficientemente acreditada la directa y personal participación de los acusados en los hechos. En efecto, en su declaración la víctima en el juicio oral refirió que hubo una discusión puntual y luego Sebastián Palacios lo empujó cayendo del monte, resultando con lesiones, las que por su localización y entidad son compatibles con una mecánica comisiva proveniente de un empujón. La cuestión se centra en el presente caso en realidad en determinar la intención. Como ya se ha anticipado, esta magistrado no considera que los acusados hayan perpetrado el delito de homicidio en grado de frustrado atribuido también por los acusadores, ya que de la prueba practicada en el juicio no puede inferirse la probanza que los acusados estuvieran motivados por ánimo de atentar contra la vida ("*animus necandi*"). Es menester considerar una serie de elementos objetivos para la efectiva determinación de la existencia de la intención de matar en el sujeto activo de delito de homicidio, concurrencia de elementos que permite a los juzgadores llegar a la conclusión "como juicio de inferencia" de dilucidar si la intención del agente fue o no la de causar la muerte de la víctima, así, entre otros, las manifestaciones anteriores, coetáneas y posteriores al suceso efectuadas por los protagonistas.

En definitiva, el delito de lesiones consiste en menoscabar la integridad física de otro, se trata de un delito de resultado, puesto que el tipo penal exige, además de la realización de un comportamiento, en este caso consistente en empujar a otro por un barranco, la producción de un resultado diferente de la acción, consistente en un menoscabo de la salud física. Y en este caso el comportamiento es el empujón y el resultado son las consecuencias físicas que sufre Carlos. El menoscabo sufrido por Carlos en su integridad física es la concreción del mismo riesgo que introdujo la acción consistente en empujarlo por el monte de doce a trece metros de altura. El "*animus laedendi*" surge evidente. De lo razonado, se desprende que los acusados reaccionaron con posterioridad a la gravedad de lo acontecido, surgiendo un mal entendido pacto de silencio entre ambos.

En ese estadio, a esta sentenciadora le surgen dudas razonables sobre la existencia de un "*animus necandi*", en atención a que, tal como se aludió a la secuencia en que los mismos se desplegaron, sin que se avizorara la existencia de una enemistad previa entre ellos u otra circunstancia relevante, que pudiese llevar a la convicción, más allá de toda duda razonable, a inferir una intención dolosa de causar la muerte.



Por otra parte, al encontrarnos en lo previsto en el artículo 23 N° 2 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, y considerando los criterios de determinación de pena contemplados en la Ley 20.084, esta sentenciadora es de opinión de aplicar a los enjuiciados la medida de libertad asistida especial por un lapso de tres años. Habida consideración de los principios inspiradores de la citada ley, como asimismo la idoneidad de la medida tendiente a lograr los objetivos que en ese cuerpo legal se indican. Teniendo en cuenta que en la especie, atendido el arraigo familiar y social, existiendo una fuerte contención por las figuras parentales, la aplicación de una medida en libertad aparece como la más adecuada, en el caso que nos ocupa, amén de ser las privativas de libertad de última ratio.

Redactada por la juez María Paz González González.

Regístrese y comuníquese, en su oportunidad archívese.

**RUC: 0900668416-2**

**RIT: 179 - 2011**

Pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, integrada por las juezas titulares, **MARCELA RAMÍREZ SANTANA**, quien la presidió, **CLAUDIA MONTERO CÉSPEDES** y **MARÍA PAZ GONZÁLEZ GONZÁLEZ**.

Con esta fecha se notificó por el estado diario la resolución precedente. Chillán, 24 de agosto de 2011.



## **Actividades de las Facultades**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# Actividades de la Facultad de Derecho Sede Santiago

## Segundo Semestre 2011

**Trinidad Siles Del Valle**

Coordinadora de Carrera  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

### I. Actividades de la Facultad

#### Derecho a Celebrar

La Facultad conmemoró los 12 años de existencia con una gran celebración en el club Manquehue. Esta actividad, llamada "Derecho a Celebrar", se llevó a cabo el 30 de septiembre.

El Decano de la Facultad, don Pablo Rodríguez Grez, inició la primera parte del programa con una conversación en torno al tema de la Responsabilidad ético-profesional, junto a los invitados don Hernán Corral Talciani y la Sra. Olga Feliú Segovia.

Continuaron el evento la banda musical "Esloquehay", compuesta por el profesor de Derecho Político José Francisco García y alumnos de distintos niveles de la carrera, y posteriormente unos pies de cueca bailados por la secretaria, Carolina Adasme.

Finalmente sorteos y el concurso ¿Quién sabe más? terminaron el festejo en el que participaron profesores, ayudantes y alumnos.

#### Reunión especial del Consejo de la Facultad

Todos los directores de los distintos departamentos de la Facultad se reunieron el 26 de septiembre con el Vicerrector de Investigación y Postgrado, Sergio Hernández, el Vicerrector de Innovación y Desarrollo, Daniel Contesse, y el Director de Planificación de nuestra Universidad, Carlos Valenzuela, con el fin de conocer y discutir el Plan de Desarrollo Institucional de la UDD para los próximos años.

## Ciclo "Derecho a conversar"

Durante el segundo semestre del año reunimos a alumnos de la Facultad con invitados de distintas áreas del conocimiento. Estuvieron con nosotros Mario Hamuy Wackenhut, astrónomo, y Gerardo Vidal Guzmán, profesor de filosofía y humanidades, conversando en torno a "La certeza y la duda". Desde sus propias disciplinas y moderados por el profesor Raúl Campusano Droguett. Motivaron al público y polemizaron acerca de la explicación de la vida, la fe, la moral, el hombre, etc.

Cerró el ciclo el sociólogo Eugenio Tironi Barrios planteando su tesis sobre los movimientos sociales estudiantiles y la situación en la que se encuentra el gobierno del presidente Sebastián Piñera. Fue entrevistado por los profesores Eugenio Guzmán Astete, Decano de la Facultad de Gobierno UDD, y José Francisco García García, Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo.

## Concurso de cuentos

Este año 2011 llevamos a cabo el concurso de cuentos para todos los alumnos de la universidad junto con la Facultad de Bachillerato y Humanidades y entregamos los galardones a los tres alumnos ganadores el 29 de septiembre en una íntima ceremonia.

Los alumnos premiados fueron:

Daniela Alejandra Carrasco Varas, alumna de Cine y Ciencias Políticas, premiada por la facultad de Derecho con dos pasajes a Buenos Aires.

Lucía Rossel Flores, alumna de Ciencias Políticas, premiada por la Facultad de Bachillerato y Humanidades con una colección de libros.

Pablo Robles Winter, alumno de Derecho, premiado por ambas facultades con tres libros.

## Phillip Jessup

La última semana de enero de 2012 en AMCHAM se realizará el torneo anual internacional Phillip C. Jessup, conformado por el equipo de la Facultad: José Tomás Herrera, Francisco Pérez, Isabel Wigg, Ernesto Aguilar y Álvaro Arévalo. Esta actividad, apoyada por el profesor Raúl Campusano, es de alta exigencia y requiere un dominio, a lo menos fluido, del idioma inglés, un conocimiento profundo y técnico del derecho internacional público y el desarrollo constante de habilidades propias de un abogado forense, ya que el torneo se desarrolla en una simulación de juicio.



## Debates Universitarios

### *Liga Metropolitana de Debate*

La Academia de Debate y Argumentación UDD ganó el debate: "Debiera permitirse votar a los chilenos residentes en el extranjero", sostenido con la Escuela de Oficiales Carabineros de Chile. Los alumnos de la facultad que representaron a la UDD fueron: Andrea Álvarez de la Rivera, José Ignacio Astudillo y José Ignacio Figueroa

### *Torneo Unipersonal de Debate*

Obtuvimos el segundo lugar en el encuentro, organizado por la Universidad Santo Tomás; participaron la Pontificia Universidad Católica de Chile, Fuerza Aérea de Chile, Universidad Santo Tomás, Universidad Federico Santa María, Universidad de los Andes y la Universidad del Desarrollo. Cabe señalar que en esta lid el alumno José Astudillo Paredes tuvo un desempeño significativo.

### *Torneo Parlamentario Interuniversitario de Debate, Universidad del Desarrollo*

Se realizaron cuatro debates en torno a cuatro cuestionamientos: "Debe condonarse la deuda externa a los países más desposeídos", "Debe la ONU establecer un máximo de gasto posible en gasto militar", "Debiera imponerse un examen de grado nacional por cada carrera" y "El estado es un mal empresario".

Participaron la Universidad Católica, Universidad de los Andes, Universidad Andrés Bello, Universidad Santo Tomás y la Universidad de Chile.

## Resolución de casos en Derecho Romano

Tres casos prácticos de la vida cotidiana romana se materializaron en filmaciones editadas en CD y protagonizadas por los mismos alumnos del curso de la profesora Ximena Pulgar. Las situaciones recogidas fueron casos de: "Procedimiento exigiendo el pago de una deuda", "La acción reivindicatoria" y "Responsabilidad Extracontractual" y quedarán disponibles para que otros estudiantes puedan estudiar sobre la base de estos CD.

### **"Proyecto Social" en los cursos de Responsabilidad Pública**

Los alumnos de segundo año de Responsabilidad Pública, profesoras Natalia García y Macarena García, elaboraron proyectos para promover la iniciativa de ética social, el desarrollo de competencias, responsabilidad pública, habilidades comunicativas, autoconfianza, respeto por el próximo, creatividad e innova-

ción, amor por el trabajo bien hecho, todo esto a través de unas instancias de aprendizaje activo llevado a cabo en tareas prácticas y de investigación. Los resultados fueron notables: ollas comunes, bibliotecas infantiles, trabajos en torno al Bulling, Postnatal, Matrimonio Homosexual, Eutanasia, etc.

### **Las relaciones vecinales de Chile**

Por iniciativa de los profesores de Derecho Internacional de la Facultad, Fernando Gamboa y Raúl F. Campusano, el 1° de agosto se formalizó una conferencia sobre las relaciones vecinales de Chile y en especial aquella con Perú, ésta fue dictada por el Presidente de la Asociación de Diplomáticos de Carrera, ADICA, el expositor Devia Aldunate aprovechó la ocasión para explicar la función de la carrera diplomática y el procedimiento de ingreso a la Academia Diplomática de Chile.

### **Experiencias Prácticas de Enseñanza del Derecho Internacional**

El Jueves 25 de agosto, en la Universidad Católica del Norte, sede Antofagasta, el profesor Raúl F. Campusano presentó la ponencia "Experiencias Prácticas de Enseñanza del Derecho Internacional" en el seminario "Nuevos paradigmas e Innovaciones en la Enseñanza del Derecho", actividad organizada por el profesor Christian Scheeler y dirigida por el Director de la Escuela de Derecho, profesor Manuel Nuñez Poblete.

### **IX Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos**

Entre el 31 de agosto y 3 de septiembre se celebraron en Chile dichas jornadas, las que surgieron a iniciativa de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina, a través de su Instituto de Derecho Público. Este año 2011 le correspondió ser anfitriona a la Universidad Andrés Bello. El equipo de la Facultad de Derecho UDD participó con el tema "Tribunales Medioambientales: Hacia una correcta institucionalidad medioambiental", y está conformado por Sigalit Israel, Luz María Didier, María José Donatucci, Andrea Álvarez de la Rivera y Luis Hernán Acevedo. Lo patrocina el profesor Raúl F. Campusano y lo apoya como coach Carlos Pereira. Las jornadas han permitido acentuar la presencia de nuestra facultad en actividades interuniversitarias internacionales y generar contactos y amistades académicas en la región.

### **Diferendo Marítimo Chile-Perú en la Escuela de Suboficiales del Ejército de Chile**

El profesor Raúl F. Campusano impartió una conferencia el 3 de agosto sobre "El Diferendo arbitral con Perú en la Corte Internacional de La Haya",

en la Escuela de Suboficiales del Ejército de Chile, en la sede institucional, en Rinconada de Maipú. El evento comenzó con un almuerzo ofrecido por el Director de la Escuela, Coronel Martín Borck Keim, al que asistieron los oficiales directivos de la Escuela. En la conferencia estuvo presente la Escuela en pleno y luego de la misma hubo espacio para preguntas del público.

### **Encuentro de profesores de argumentación jurídica**

El 21 de septiembre, el profesor Raúl Campusano convocó a algunos profesores al encuentro de argumentación jurídica a la sede de San Carlos de Apoquindo de la UDD. En esta ocasión la Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Flavia Carbonell, expuso sobre el reciente Congreso de Filosofía del Derecho celebrado en Frankfurt, Alemania, y específicamente sobre la ponencia que presentó en la ocasión.

## **II. Actividades de admisión**

### **Concurso legislativo: Segunda versión**

Se invita a través de los coordinadores de colegio y con carteles en cada plantel, en los que se incentiva a participar creando un proyecto de ley.

Esta es la segunda versión y el tema es la Educación en Chile. El premio son \$100.000 a la mejor propuesta.

### **¿Qué abogado quiero ser?**

Actividad dirigida a mostrar los distintos ámbitos de la profesión en que puede desarrollarse un abogado: litigante, corporativo, político, derecho público.

Fecha: Viernes 21 de octubre, de 10:00 a 16:00 horas.

Profesores:

- a) Abogado litigante: Julia Failla
- b) Corporativo: Hugo Álvarez
- c) Político: Jorge Cash
- d) Derecho público: Paulina Lobos

## Debate Interescolar

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo ha organizado el Torneo Parlamentario Interescolar de Debate año 2011. En el presente torneo participaron: Bradford School, Colegio Newland, Instituto Nacional, Verbo Divino, Nuestra Señora del Loreto, Santiago College.

Los equipos ganadores del torneo son:

Primer lugar: Instituto Nacional, cuyo capitán fue don Ricardo Gómez.

Segundo Lugar: Bradfor School, cuyo capitán fue doña Karen Navarro.

Tercer Lugar: Newland School, cuyo capitán fue doña Ximena Peralta.

## III. Actividades de extensión

### Seminarios

#### *HidroAysén: Desafíos y oportunidades para la institucionalidad medioambiental chilena*

A raíz del caso HidroAysén, la Facultad de Derecho de la UDD organizó el martes 5 de julio un seminario sobre los desafíos y oportunidades para este sector.

Conocer y analizar la normativa medioambiental sobre los proyectos hidroeléctricos en Chile, específicamente la que regula a HidroAysén, fue el principal objetivo del seminario.

En la oportunidad participaron el Subsecretario de Medio Ambiente, Ricardo Irrázaval, con su exposición "Proyecto HidroAysén frente a la normativa ambiental chilena: visión del Gobierno"; la Directora de Investigación y profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la universidad, Camila Boettiger, quien habló sobre "Regulación medioambiental de proyectos hidroeléctricos".

Posteriormente, se llevaron a cabo diferentes exposiciones con la visión de interesados y opositores a HidroAysén:

- Gonzalo Cubillos, abogado, experto en temas medioambientales y socio del Estudio Jurídico Barros & Errázuriz, asesores externos de HidroAysén.
- Fernando Dougnac, abogado, especialista en temas medioambientales y socio del Estudio Jurídico Dougnac y Cía.

- El senador por la región de Aysén, Antonio Horvath.

Asistencia: 120 personas.

***Regulación de las Uniones Civiles: ¿El primer paso hacia el matrimonio homosexual?***

El lunes 05 de septiembre la Facultad de Derecho de la UDD realizó el seminario "Regulación de las Uniones Civiles: ¿El primer paso hacia el matrimonio homosexual?", en el cual destacados expositores discutieron acerca de los nuevos proyectos que regularían las uniones civiles y los acuerdos de vida en pareja.

Los relatores fueron:

- Hernán Corral Talciani.
- Antonio Bascuñán Rodríguez.
- Gonzalo Arenas Hodar.
- Fulvio Rossi Ciocca.

Asistencia: 115 personas.

***El nuevo Código de Ética del abogado***

El día jueves 20 de octubre la Facultad de Derecho de la UDD realizó el seminario "El nuevo Código de Ética del abogado", en el cual destacados expositores analizaron la nueva regulación ética de los colegiados.

Los relatores fueron:

- Olga Feliú Segovia.
- Jorge Bofill Genzsch.
- Cristóbal Eyzaguirre Baeza.
- Julián López Masle.

Asistencia: 72 personas.



### ***Caso La "Polar" y la reestructuración del gobierno corporativo***

El día martes 15 de noviembre la Facultad de Derecho de la UDD realizó el seminario Caso "La Polar" y la reestructuración del gobierno corporativo".

La actuación del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) en el caso "La Polar", sus atribuciones y la necesidad de crear un Sernac financiero son parte de los temas que abordó el director de la entidad, **Juan Antonio Peribonio**, en este seminario.

En la actividad, se presentó también el superintendente de Valores y Seguros, **Fernando Coloma**, para realizar un análisis desde la perspectiva de la fiscalización de los emisores de valores, y el fiscal de la Asociación de AFP, **Claudio Verdugo**, para exponer sobre la visión de los analistas institucionales.

Los relatores fueron:

- Juan Antonio Peribonio.
- Fernando Coloma Correa.
- Claudio Verdugo Barros.

Asistencia: 80 personas.

### ***Cursos de Educación Continua***

#### ***Bases del Derecho Ambiental (Versión III)***

Entre el lunes 16 y jueves 26 de mayo de 2011 se realizó el curso sobre Bases del Derecho Ambiental, cuyo propósito fue dar a conocer los principales aspectos jurídicos y la aplicación práctica de la regulación y protección del medio ambiente a nivel nacional. El curso, que tuvo una duración de 18 horas, fue impartido por los profesores Felipe Leiva, Camila Boettiger y Paloma Infante.

Asistencia: 14 matriculados y 2 invitados.

#### **Instituciones fundamentales del Derecho del Consumidor**

Entre el lunes 01 y el miércoles 17 de agosto de 2011 se realizó el curso Instituciones fundamentales del Derecho del Consumidor, que tuvo por objeto entregar los conceptos y principios del derecho del consumidor y su ámbito de aplicación, identificando las normas sobre responsabilidad relacionadas con el derecho del consumidor y las normas procesales aplicables al tema, entre otros.

La duración de este curso fue de 16 horas y los relatores fueron Jaime Lorenzini, Ambrosio Rodríguez y Ximena Castillo.

Asistencia: 15 matriculados y 1 invitado.

### **Contratación Pública**

Entre el lunes 05 y el jueves 15 de septiembre de 2011 se realizó el curso Contratación Pública, que tuvo por principal propósito lograr que los alumnos identificaran los principales tipos de contratos administrativos, además de reconocer la legislación aplicable a ellos y el procedimiento licitatorio, entre otros objetivos.

El curso tuvo una duración de 18 horas distribuidas en 6 módulos y los profesores fueron María Trinidad Inostroza y Julio Pallavicini.

Asistencia: 12 matriculados y 2 invitados.

### ***Responsabilidad Penal de la Empresa***

Los días 21, 23 y 26 de septiembre de 2011 se realizó el taller Responsabilidad Penal de la Empresa, que tuvo por objeto entregar los conceptos fundamentales del Derecho Penal asociado a la empresa, identificando la legislación aplicable.

Además permitió conocer las particularidades de los sistemas de *compliance* y los modelos de prevención, supervisión y certificación.

El taller tuvo una duración de 9 horas distribuidas en 3 módulos y los profesores fueron Hugo Rivera y Sergio Huidobro.

Asistencia: 15 matriculados y 2 invitados.

### ***Tributación de la Empresa***

Entre el miércoles 28 de septiembre y el jueves 13 de octubre de 2011 se realizó el curso Tributación de la Empresa, que tuvo por objetivo general permitir al alumno reconocer los principios que informan la Ley de Impuesto a la Renta, así como también que distinguiera el proceso de determinación de la renta líquida imponible de Primera Categoría, el Impuesto Global Complementario y el FUT.

El curso tuvo una duración de 18 horas distribuidas en 6 módulos y el profesor fue Jaime García.

Asistencia: 12 matriculados y 2 invitados.

## **Derecho Urbanístico e Inmobiliario**

Este curso comenzó el lunes 17 de noviembre y tiene por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la regulación urbanística, el ordenamiento territorial, inmobiliario y la construcción en Chile.

El curso se realizó hasta el día viernes 04 de noviembre de 2011. Tuvo una duración de 21 horas distribuidas en 7 módulos.

Los profesores fueron José Manuel Figueroa V., Juan Eduardo Figueroa V. y Robert Gilmore.

Asistencia: 26 matriculados y 2 invitados.

## **Otros**

### ***Exámenes de conocimientos relevantes para síndicos y postulantes a síndicos de quiebras***

Por segundo año consecutivo y a consecuencia de la licitación y posterior adjudicación a nuestra Universidad del servicio de examen de conocimientos relevantes para síndicos y postulantes a síndicos, con fecha 23 de junio de 2011 se rindió el primer examen, en el marco del contrato suscrito con la Superintendencia de Quiebras. La comisión examinadora y evaluadora está compuesta por los profesores de Derecho Comercial de nuestra Facultad, señores Rafael Gómez B., Manuel Montt y Francisco Pfeffer.

Asistencia: 16 personas.

## **Cursos que se están realizando o se realizarán**

### ***Aspectos legales de la libre competencia y propiedad industrial***

Con este curso los alumnos conocerán el DL 211 y las principales sentencias dictadas por el TDLC, además de estudiar los procedimientos para la protección de derechos de propiedad industrial, los convenios y tratados internacionales, entre otros.

El curso se realizó entre el 07 y el 21 de noviembre de 2011. Tuvo una duración de 21 horas distribuidas en 7 módulos.

Los profesores fueron Joaquín Morales y Rodrigo Cooper.

### *Inglés jurídico*

El curso permite que los alumnos conozcan la terminología legal en inglés aplicable en distintos ámbitos del quehacer jurídico, con énfasis en el área corporativa.

El curso se realizó entre el 22 de noviembre y el 13 de diciembre. Tuvo una duración de 24 horas distribuidas en 08 módulos.

El profesor fue Jorge Luis Varela del Solar.

## **IV. Actividades de postgrado**

Durante el segundo semestre del año académico 2011, la Dirección de Postgrado continuó impartiendo sus programas de Magíster y Postítulo exitosamente, dentro de los cuales podemos destacar las siguientes actividades:

### **Magíster en Derecho, 2ª Versión y LL.M. Executive-Magíster en Derecho Económico y Financiero, 5ª Versión, 2011**

A contar del segundo semestre, el programa de Magíster en Derecho, 2ª versión, y el programa de LL.M. Executive, 5ª versión 2011, continuaron desarrollando sus clases a través de connotados profesores, entre los que destacamos:

Dentro del curso sobre "Nuevas formas de contratación civil y comercial", expusieron los profesores Sres. Hugo Rosende Álvarez y Ruperto Pinochet Olave, analizando la responsabilidad precontractual y el consentimiento electrónico respectivamente.

Nuestro Decano, Sr. Pablo Rodríguez Grez, nuevamente expuso con gran éxito sobre la "Ineficacia de los actos jurídicos". A su vez, y dentro de este curso, nuevamente se contó con la presencia del profesor Dr. Jorge Baraona, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Los siguientes cursos se desarrollaron normalmente con excelentes exposiciones, las que estuvieron a cargo de los profesores Sres. Iván Aróstica Maldonado, Eduardo Soto Kloss, Santiago Schuster, Jaime Silva Barros, Raúl Tavolari Oliveros y el Francisco Pfeffer Urquiaga.

### **Postítulo en Derecho Tributario, 5ª Versión**

Este segundo semestre se ha vuelto a impartir este exitoso programa de Postítulo en Derecho Tributario, el cual se encuentra en su quinta versión. Este programa

está dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de una especialización actual y práctica en el área tributaria.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación. Así, sus egresados dominarán las principales figuras e instituciones de esta rama del Derecho y tendrán las herramientas necesarias para ejercer y asesorar en estas materias.

### **Postítulo en Planificación Tributaria, 3ª Versión**

Por tercera vez la Dirección de Postgrados de la Facultad de Derecho de la UDD, sede Santiago, imparte este programa de Postítulo en Planificación Tributaria, el cual está dirigido a profesionales que ya cuentan con una formación en tributación y tienen interés en profundizar su especialización en estas materias.

El Postítulo tiene como objetivo general que el alumno conozca y sepa utilizar las herramientas disponibles para desarrollar una adecuada Planificación Tributaria, tanto de negocios o inversiones de carácter nacional, como de aquellas inversiones de origen extranjero o desarrolladas por chilenos en el exterior.

Su enfoque eminentemente práctico, sin dejar de lado las cuestiones teóricas esenciales, hacen de este programa un excelente medio para dominar las normas tributarias con un alto grado de sofisticación, permitiendo a sus egresados asesorar, a un alto nivel, la actividad empresarial de nuestro país.

### **Postítulo en Derecho Económico y Financiero**

El Postítulo en Derecho Económico y Financiero está destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales de los abogados y otros profesionales que asesoran a la actividad empresarial. Es un programa que ha sido diseñado con el objeto de perfeccionar a los alumnos, promoviendo la profundización de contenidos prácticos y el desarrollo de habilidades profesionales con una orientación al trabajo concreto que realiza el abogado corporativo.

### **Postítulo en Derecho Ambiental, 2ª Versión**

Finalmente la Dirección de Postgrado volvió a impartir su Postítulo en Derecho Ambiental 2ª versión 2011, el cual tuvo un gran éxito y se situó nuevamente como uno de los mejores programas de postgrado en Derecho Ambiental del país.

El programa contó, entre otros, con la presencia de destacados académicos, quienes trataron diversos temas y relevantes contenidos, tanto en materia de Derecho Ambiental Internacional, como nacional. Entre ellos destacan el



profesor y Director de Postgrado Sr. Raúl Campusano Droguett, quien revisó las diversas normas internacionales y tratados que reglan a Chile en materia medioambiental; el profesor Dr. Jorge Luis Varela, Director Académico del programa; el profesor Felipe Leiva Salazar, destacado abogado medioambientalista; y como profesora invitada la destacada abogada Sra. Ximena Silva Abranetto, abogada Jefe de la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado y Consejera del Consejo de Monumentos Nacionales (CMN).

### Comité Académico

El lunes 14 de noviembre tuvo lugar la última reunión del año del Comité Académico de la Dirección de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago. A la reunión asistieron todos sus miembros dándole el cierre al año académico y reafirmando la importante labor que realizan. El Comité, que está integrado por los señores Iván Aróstica Maldonado, José Ignacio Vásquez, Joaquín Morales, Jorge Luis Varela, Manuel Pino y el profesor Raúl F. Campusano, entre otras materias, realizó un análisis sobre las principales fortalezas y debilidades de la Dirección de Postgrado, y aconsejó a la misma sobre las políticas docentes, académicas y económicas para las nuevas versiones de sus programas de postgrado.

Finalmente, y en agradecimiento a sus miembros, la Dirección de Postgrado, invitó a una cena a los miembros del Comité, la cual se llevó a cabo con gran entusiasmo.

## V. Actividades de investigación

### 1. Publicaciones académicas

- "Un Derecho a la Salud que Pretende Garantizar el Punto de Llegada antes que el de Partida", en libro *Sentencias Destacadas 2010*, de Ediciones Libertad y Desarrollo. Ignacio Covarrubias.
- "La Asfixia del Amparo Económico por Obra y Gracia de una Sentencia", en libro *Sentencias Destacadas 2010*, de Ediciones Libertad y Desarrollo. Julio Alvear.
- "¿Es la Separación de Poderes un Estándar Justiciable para el Régimen de Sanciones Administrativas?", en libro *Sentencias Destacadas 2010*, de Ediciones Libertad y Desarrollo. Sergio Verdugo.
- "El bien común, el interés público o los fines constitucionalmente legítimos como justificaciones del regulador para limitar los derechos fundamentales",

en libro *Litigación Pública*, colección "Estudios de Derecho Público" de la Universidad de los Andes. Ignacio Covarrubias.

## 2. Conferencias, debates y seminarios

- 15 de noviembre. Moderadora de seminario sobre "Transparencia Ambiental", organizado por la Facultad de Gobierno de la UDD en el Hotel Ritz-Carlton. Camila Boettiger.
- 11 de noviembre. "La objeción democrática a la doctrina de los límites materiales a la ley de reforma constitucional". Ponencia en IV Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional (Asociación Chilena de Derecho Constitucional). Sergio Verdugo.
- Ponencia en Seminario de Litigación Pública, Universidad de Los Andes, Ignacio Covarrubias.
- Ponencia "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político", en Jornadas Regionales de Derecho Público, Viña del Mar, Sergio Verdugo.
- Conferencia "Regulación del Derecho de Propiedad en Chile", en Conferencia de la Red Latinoamericana Libertad (asociación de centros de estudios libertarios), celebrada en Ecuador. Ignacio Covarrubias.
- Ponencia en seminario "Jurisprudencia Constitucional", Universidad Andrés Bello, 15 de junio. Sergio Verdugo
- Ponencia en seminario HidroAysén, Universidad del Desarrollo, 7 de julio. Camila Boettiger.

## 3. Columnas electrónicas e impresas

- "Matrimonio entre personas del mismo sexo", La Tercera. Ignacio Covarrubias.
- "La Corte Suprema y el Velo Islámico", El Mercurio Legal. Julio Alvear.
- "Los Costos del Plebiscito", Diario Constitucional. Sergio Verdugo.
- "¿Es recomendable la utilización del principio de proporcionalidad en el derecho regulatorio?", El Mercurio Legal. Ignacio Covarrubias.
- "Libre competencia: historia crítica de una disposición contra natura", El Mercurio Legal. Julio Alvear.

- "Las dos paradojas del amparo económico", 1 de septiembre, El Mercurio Legal. Julio Alvear.
- "Combatir la pornografía", El Mercurio Legal. Ignacio Covarrubias.
- "Aprovechar el impulso: paquete de propuestas para modificar algunos aspectos del Poder Judicial", 3 de junio. Ignacio Covarrubias.
- "Registro de usuarios de cibercafés", 25 de julio. Ignacio Covarrubias.
- "Protección del Consumidor y el Sernac", 26 de julio. Julio Alvear.

#### **4. Reuniones del Departamento de Derecho Público**

- 7 de noviembre. "El requerimiento judicial de la inaplicabilidad de un precepto legal". Expositor invitado: Enrique Navarro B., Ministro del Tribunal Constitucional.
- 29 de agosto. "Cuestionamientos al principio de supremacía constitucional". Expositores invitados: Luis Alejandro Silva (profesor U. Andes) y Sergio Verdugo.
- Martes 19 de julio: trajimos al profesor Eduardo Cruz, académico mexicano de Derecho Público.

#### **5. Cartas al director**

- 10 de noviembre. "Fallo del TC sobre el matrimonio", La Tercera. Ignacio Covarrubias.
- "¿Cambiar la Constitución?", 18 de agosto, El Mercurio. Julio Alvear.
- "Reemplazo de autoridades", 4 de agosto, La Tercera. Sergio Verdugo.
- "Plebiscito", 11 de agosto, El Mercurio. Sergio Verdugo.
- "Primarias", 11 de septiembre, El Mercurio. Sergio Verdugo.
- "Consejo para la Transparencia", 20 de junio. Nicolás Enteiche.
- "TVN y el Cardenal", 22 de julio. Julio Alvear.

## 6. Actividades de admisión

- Charla para escolares en la UDD, 21 de octubre. Nicolás Enteiche.
- Charla Colegio San Gabriel, 16 de agosto. Nicolás Enteiche.
- Charla Colegio San Gabriel, 6 de septiembre. Ignacio Covarrubias.
- Actividad del 12 de julio. Nicolás Enteiche.
- Charla Colegio San Gabriel, para el 2 de agosto. Nicolás Enteiche.
- Actividad del 6 de agosto. Sergio Verdugo.

## 7. Otros

- 5 de noviembre. Presentación de escrito "tégase presente" en causa relativa a la (in)habilidad de la senadora Ena Von Baer, seguida ante el Tribunal Constitucional. Suscrito por 10 profesores de Derecho Constitucional. Entre ellos, suscriben Julio Alvear, Ignacio Covarrubias, Salvador Mohor y Sergio Verdugo (quien también redactó el escrito).
- Seminario de investigación de licenciatura para alumnos y egresados UDD. Camila Boettiger e Ignacio Covarrubias
- Retiro de investigación organizado por la Dirección de Investigación de la UDD. Julio Alvear.
- Asesoría a senadores de la Coalición por el Cambio en las Comisiones Unidas de Medio Ambiente y Agricultura del Senado. Camila Boettiger.
- Explicación acerca de nuevo sistema de tesinas y memorias a profesores de Derecho UDD, Hotel Regal Pacific, fechas varias. Camila Boettiger, Julio Alvear, Ignacio Covarrubias y Sergio Verdugo.
- Presentación de escrito "tégase presente" en causa relativa a la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, 26 de julio. Julio Alvear e Ignacio Covarrubias.
- Clase extraordinaria acerca del "Derecho Administrativo Norteamericano" para los alumnos de Jorge Reyes y Sergio Cea, 2 de agosto. Sergio Verdugo.

# Actividades de la Facultad de Derecho Sede Concepción

## Segundo Semestre 2011

### **Soledad Arcas Acevedo**

Coordinadora de Titulación y Minor  
Abogado  
Universidad del Desarrollo

### **I. Actividades de Admisión**

#### **Charla sobre Responsabilidad Penal Juvenil**

El martes 26 de Julio se llevó a cabo una interesante charla sobre Responsabilidad Penal Juvenil, dirigida a profesores y apoderados de octavo básico del colegio Saint John's.

La presentación estuvo a cargo de la docente de nuestra Facultad y Coordinadora Académica de Postgrado, María José Menchaca, quien analizó la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, haciendo referencia además a la edad de responsabilidad en Europa y algunas figuras penalizadas en el Reino Unido, tales como el consumo y compra de alcohol por menores, robos de menor envergadura y comportamiento en aeropuertos.

En la oportunidad se pudo transmitir la preocupación por orientar a los jóvenes y crear conciencia de que existe un sistema jurídico que castiga ciertas conductas, y que todos los jóvenes pueden eventualmente verse involucrados en ellas.

#### **Taller vocacional para alumnos de cuarto medio**

Un total de 150 alumnos de diversos colegios de la intercomuna participaron, los días 8 y 22 de agosto, en dos talleres vocacionales, organizados por la Facultad de Derecho para alumnos de cuarto medio, bajo el marco del proceso de admisión 2012.

La actividad denominada "Campo Laboral del Abogado" estuvo a cargo del profesor de la cátedra de Derecho Procesal, Javier Molina Gómez, y tuvo por objeto que los estudiantes pudieran conocer las distintas alternativas que ac-

tualmente existen para ejercer la profesión de abogado, así como saber en qué consiste el estudio de la carrera de Derecho en sus distintas etapas.

### **Talleres de Desarrollo de Competencias**

Nuestra Facultad organizó un ciclo de talleres de desarrollo de competencias dirigido a estudiantes que están por terminar la enseñanza media.

El taller que dio inicio al programa abordó el tema “técnicas de argumentación” y se realizó el jueves 13 de octubre. La actividad estuvo a cargo del docente Sr. Eduardo Andrades Rivas y tuvo como propósito ilustrarles sobre la importancia de la argumentación en los estudios de derecho y sobre su aplicación a todo tipo de discusiones e inquietudes que surgen en la sociedad moderna.

Se abordó el inicio de los estudios dialécticos en la antigua Grecia, su desarrollo por los juristas romanos y la dilatada trayectoria de la dialéctica hasta llegar a nuestra propia cultura. Se analizaron las características de la argumentación, sus clasificaciones y errores más frecuentes.

El segundo taller, denominado “técnicas de oratoria”, se llevó a cabo el viernes 28 de octubre por la psicóloga Camila Bolado Bustamante. El taller tuvo como objeto desarrollar destrezas de expresión oral, potenciando las distintas habilidades de los alumnos asistentes y enseñando nuevas técnicas. Además, durante el desarrollo del taller se trabajaron algunas técnicas de elocución y vocalización, así como también la comunicación no verbal a través de distintas tareas y actividades.

### **Simulación de Juicio Oral en Feria UDD**

Un importante grupo de alumnos de cuarto medio llegó el sábado 22 de octubre hasta la Universidad del Desarrollo para participar de la octava versión de la Feria UDD “Desenreda tu futuro”. La Facultad de Derecho recibió a los estudiantes con las palabras del profesor Eduardo Andrades Rivas y el presidente del Centro de Alumnos de la carrera, quienes los invitaron a participar de una simulación de juicio oral por manejo en estado de ebriedad.

La actividad fue desarrollada por alumnos de quinto año del curso Destrezas en Litigación Oral, a cargo de los profesores Eduardo Carrasco y Sergio Muñoz.

En la ocasión, los asistentes pudieron observar directamente la estructura de un juicio oral, y en especial las diversas formas de interrogar a los testigos, lo que les permitió visualizar el nuevo proceso penal, en particular que el tribunal puede imponerse directamente de la prueba rendida, valorarla y luego pronunciar su fallo.



## **II. Actividades de la Facultad**

### **Alumnos de Derecho Civil IV visitaron el segundo Juzgado Civil de Concepción**

Los alumnos de la cátedra de Derecho Civil IV, a cargo de los profesores Ramón Domínguez Águila y Carla Gómez Eriz, visitaron las dependencias del segundo Juzgado Civil de Concepción, con el objeto de conocer su organización, labor, competencia y funcionamiento interno.

La visita estuvo guiada por la secretaria del Juzgado, Ana María Suárez, quien los acompañó en el recorrido por las distintas secciones del tribunal, en donde cada funcionario judicial les fue explicando su labor en particular.

Los alumnos pudieron conocer el recorrido de un escrito con su expediente una vez que los abogados y procuradores entregan en el mesón de atención de público de secretaría sus peticiones escritas, contribuyendo de esta forma con la formación práctica de nuestros estudiantes.

### **Encuentro del Decano de la Facultad con alumnos de primer año**

Como ya es tradición, el Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, se reunió los días 27 de mayo y 17 de junio con los alumnos que cursan su primer año de Derecho.

Los encuentros tuvieron por objeto conocer las impresiones e inquietudes de los estudiantes con respecto a la carrera y al estudio del Derecho.

En la instancia, el Decano trató temas relacionados con el proceso académico, les transmitió consejos sobre métodos de estudio, motivándolos a hacer uso de la biblioteca jurídica y finalmente los instó a aprovechar la etapa de vida universitaria que están recién comenzando.

## **IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil**

Entre el 4 y el 6 de agosto tuvo lugar la novena versión de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Viña del Mar, organizadas en esta oportunidad por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez.

Representaron a nuestra Facultad en esta actividad de alcance nacional los profesores Bruno Caprile Biermann, quien presentó la ponencia "Por la reforma del sistema registral chileno" y Andrés Kuncar Oneto, con el tema "¿Es el extracontractual el estatuto de responsabilidad de las víctimas por repercusión o rebote?".

Además, los alumnos Rodrigo Campos, Diego Chacón, Mariano Poblete y Andrés Vega y algunos egresados asistieron con gran entusiasmo a dicha iniciativa.

### **Alumno de Derecho cursa pasantía en Fundación Pro Bono**

Joaquín Müller Salazar es alumno de quinto año de nuestra Facultad y fue uno de los seleccionados para participar en el primer programa de pasantía semestral organizado por la Fundación Pro Bono en Concepción.

El programa de voluntariado tiene por objeto que estudiantes que cursan los últimos años de Derecho sean capaces de apoyar con su gestión y conocimiento jurídico el trabajo fundacional y a la vez pongan en práctica la teoría adquirida en sus años de estudio.

### **Alumnos de la Facultad participaron en Embajadores e Innovadores del Futuro**

Un viaje y una experiencia inolvidable. En el marco del programa Embajadores del Futuro un nuevo grupo de estudiantes de nuestra Universidad visitó China, donde recorrieron entre el 17 y el 30 de julio una de las culturas más antiguas del mundo.

Dentro de los estudiantes se encontraban los alumnos de la Facultad de Derecho Florentino Bobadilla, María Paz Charpentier, Alejandra Núñez, Fernanda Rivera, Constanza Urrutia, Karina Wikee y Augusto Wikee. Durante su estadía conocieron emblemáticos lugares, como la Plaza de Tiananmen, la Ciudad Prohibida, la Gran Muralla China y el Mercado de la Seda, además de participar en una serie de conferencias.

Por otra parte, estudiantes de Derecho viajaron a Israel en el marco del programa Innovadores del Futuro. Fernanda Morales, alumna de quinto año, y Bárbara Castro, egresada de nuestra Facultad, participaron este año de este enriquecedor programa que tuvo como destino Israel, donde tuvieron la oportunidad de conocer y recorrer durante 10 días distintos lugares emblemáticos y organizaciones en Tel Aviv, Jerusalén y Belén.

### **Nuevo Centro de Alumnos de Derecho**

El jueves 25 de agosto tuvo lugar la elección de la directiva del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho para el período 2011-2012. La actividad comenzó con un intenso debate, en el que los representantes de las dos listas candidatas plantearon los proyectos que tienen previsto desarrollar durante el presente año académico y respondieron las preguntas de los asistentes.

Luego se constituyó la mesa electoral y más del 80% de los alumnos de las distintas promociones de la carrera concurrieron a votar. La lista que reunió mayor número de preferencias quedó integrada por los alumnos Christian Troncoso, Presidente; Sebastián Vega, Vicepresidente interno; Francisco Croveto, Vicepresidente externo; Eduardo García, Tesorero; Florentino Bobadilla, Consejero; Fernanda Rivera, Coordinadora General; Manuel Donoso, Coordinador de Actividades, y Gustavo Demian, Coordinador Académico.

### **Alumnos de Derecho asistieron al encuentro mundial con el Papa en Madrid en el marco del programa Embajadores de la Fe**

Entre el 12 y el 24 de agosto una delegación compuesta por 28 alumnos de distintas carreras de nuestra casa de estudios participaron en la Jornada Mundial de la Juventud con el Santo Padre, que se realizó en Madrid, en el marco del programa Embajadores de la Fe.

En la actividad organizada por la Pastoral de la Universidad, perteneciente a la Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE), Matías Osses, alumno de tercer año, y Juan Pablo Bocaz, egresado de nuestra Facultad, tuvieron la oportunidad de estar en contacto directo con el máximo representante de la Iglesia Católica en el mundo.

El programa tuvo como principal objetivo reunirse con el Papa Benedicto XVI. Además los alumnos participaron en distintas actividades en Roma y tuvieron la posibilidad de visitar las ciudades de Ávila y Toledo.

### **Asamblea de Derecho "Conflicto Educacional"**

El Centro de Alumnos de la Carrera organizó una asamblea de alumnos de Derecho sobre el Conflicto Educacional. El foro tuvo lugar el jueves 8 de septiembre, en el auditorio principal de nuestra casa de estudios y participaron representantes del grupo estudiantes UDD Movilizados y el Profesor de Derecho Constitucional de nuestra Facultad Sr. Enrique López.

La actividad se desarrolló con una gran asistencia por parte de los alumnos, los expositores plantearon sus posturas frente al tema y en el caso de Movilizados UDD aprovecharon esta instancia para explicar el objetivo de su movimiento. Una vez finalizadas las exposiciones, se plantearon preguntas y reflexiones de parte de los asistentes.

### **Alumnos reforzaron su liderazgo en Seminario en el Cajón del Maipo**

Alumnos de distintas carreras de la Universidad participaron en un Seminario de Liderazgo desarrollado en el Cajón del Maipo. Representando a la Facultad

de Derecho asistieron los estudiantes de primer año Joaquín Saldivia, Estefany Vera y Fabrizio Gotelli.

La actividad realizada todos los años por la Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE) de nuestra casa de estudios busca reforzar las capacidades de emprendimiento, liderazgo y trabajo en equipo de los estudiantes que ingresan a la UDD.

En esta oportunidad, además de trabajar en las actividades descritas, los cerca de 100 alumnos que participaron del encuentro tuvieron la enriquecedora oportunidad de compartir con sus pares, tanto de Concepción como de Santiago.

### **Alumno de Derecho es uno de los nuevos jefes generales de Trabajos de Verano**

Felipe Lagos Torres, alumno de cuarto año de Derecho, y Jessica Vergara, alumna de quinto año de Nutrición y Dietética, son los nuevos jefes generales de los XV Trabajos de Verano, Trehuaco 2012.

Felipe participa desde hace cuatro años en este proyecto y desde el 2010 asumía con gran responsabilidad una doble función; jefe de comunidad y a la vez intendente de alimentos.

### **Alumnos de la Facultad participaron en las Misiones "Huella UDD"**

Los días 14 a 16 de octubre alumnos de nuestra Facultad pusieron sus manos al servicio de los más necesitados en una actividad organizada por la Pastoral de la Universidad en el marco de la Semana de la Solidaridad.

La iniciativa se llevó a cabo en Talcamávida, donde estudiantes de distintas carreras construyeron juegos infantiles al costado de la parroquia de dicha localidad, entre los cuales estuvieron presentes los alumnos de Derecho Constanza Urrutia y Matías Osses, de segundo y tercer año, respectivamente.

### **Ciclo de Charlas "La Última Clase"**

La organización de estudiantes de la Facultad de Derecho "Creatividad, Innovación y Debate" (CID) desarrolló un ciclo de charlas denominado "La Última Clase" con ocasión de la Semana de Derecho, en el cual cuatro destacados profesores tuvieron la posibilidad de realizar una clase, con completa libertad en cuanto a su temática, pero respondiendo a la interrogante: "Si tuvieras que hacer tu última clase, ¿Qué les dirías a tus alumnos?".

En la actividad participaron los docentes de nuestra Facultad Eduardo Andrades Rivas, María José Menchaca, Andrés Kuncar Oneto y Adolfo Cisterna Pino, quienes hicieron el ejercicio de decidir qué decirles a sus alumnos si enfrentarían, hipotéticamente, su última clase.

### **Semana de la Facultad de Derecho**

Diversas actividades deportivas y sociales organizadas por el Centro de Alumnos de la carrera tuvieron lugar entre el 24 y el 28 de octubre, con motivo de la celebración de la Semana de la Facultad. Entre éstas, y como una manifestación del interés por la responsabilidad pública, se realizó una actividad solidaria denominada "Desayuno de sus sueños", donde un grupo de alumnos de Derecho compartieron un desayuno con abuelitos del Hogar de Cristo.

La tradicional semana concluyó con una fiesta de gala, que se llevó a cabo el jueves 27 de octubre en el Centro de Eventos Los Castaños, en la cual alumnos de distintas promociones, profesores y autoridades de la carrera conmemoraron los 20 años de la Facultad de Derecho.

## **III. Actividades de Extensión y Educación Continua**

### **Ciclo de Charlas de Derecho Laboral**

El martes 31 de mayo se dio inicio al segundo Ciclo de Charlas de Derecho, programadas durante el primer semestre por nuestra Facultad y dirigidas a estudiantes de distintas Facultades de Derecho de la Región; en esta oportunidad sobre materias de Derecho Laboral. En la primera charla el profesor Sr. Jorge Ogalde Muñoz expuso sobre la "Modificación de la protección a la maternidad".

La segunda charla tuvo lugar el martes 14 de junio, a cargo del profesor Sr. Rodrigo García Neiman, quien abordó el tema de la "Igualdad de las remuneraciones". Por último, el martes 28 de junio se llevó a cabo la tercera charla, a cargo de la profesora Sra. Laura Silva Uribe, quien se refirió a "Los Derechos Fundamentales desde una perspectiva jurisprudencial".

Luego de cada exposición se dio inicio a una ronda de preguntas del público asistente a los expositores, lo que permitió aclarar dudas y profundizar algunas materias.

### **Curso "La Nueva Justicia Tributaria"**

La Facultad de Derecho dictó, los días 13, 14, 20, 21 y 28 de junio, un curso denominado "La Nueva Justicia Tributaria", que tuvo por objeto entregar a

abogados, contadores y otros profesionales las competencias y herramientas legales para comprender la reforma de la justicia tributaria, obteniendo el conocimiento teórico y práctico necesario para la defensa y asesoría del contribuyente.

En la oportunidad expusieron los Sres. Jean Pierre Latsague y Hugo Tapia Krug, ambos abogados y profesores de la cátedra de Derecho Tributario de nuestra Facultad y el abogado, contador auditor y profesor de Contabilidad de nuestra Facultad, Sr. Ramón Cartes Flores.

El curso se dividió en distintos módulos, en los que se trataron materias relativas a la organización de los tribunales, el procedimiento general de reclamación, los procedimientos especiales, la prueba general en el nuevo procedimiento tributario y la contabilidad como medio de prueba. La actividad finalizó con dos módulos de discusión de casos prácticos, en los cuales se hizo un análisis de la jurisprudencia más relevante sobre estos temas.

### **Seminario “Racionalidad Penal y Sistema Penitenciario”**

El viernes 01 de Julio, en el auditorio principal de nuestra casa de estudios, se llevó a cabo el Seminario denominado “*Racionalidad penal y sistema penitenciario*”, con la participación de destacados profesores del área de Derecho Penal.

En la ocasión, el Dr. Borja Mapelli Caffarena, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla y Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología en España, expuso sobre el principio de legalidad en fase de ejecución penitenciaria. Por su parte, el Dr. Raúl Carnevali Rodríguez, Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Navarra y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, se refirió al sistema de penas, en particular a la reforma a las medidas alternativas a la reclusión.

La actividad contó con un numeroso público asistente, entre ellos autoridades y miembros del Poder Judicial, Defensoría, Fiscalía y personal de Gendarmería, abogados, profesores y alumnos, quienes demostraron gran interés por los temas tratados.

### **Seminario “Actualización Laboral: Remuneraciones y Maternidad”**

El martes 16 de agosto tuvo lugar un seminario denominado “Actualización Laboral: Remuneraciones y Maternidad”. En esta ocasión, participaron como expositores dos de nuestros profesores de la cátedra de Derecho del Trabajo: el Sr. Jorge Ogalde Muñoz, Director Ejecutivo de los Programas de Postgrado de nuestra Facultad y la Sra. Laura Silva Uribe, Abogada Jefe de la Dirección Regional del Trabajo.



En el primer módulo, la profesora Laura Silva abordó distintos aspectos legales relativos a las remuneraciones y su protección, a las modificaciones al sueldo y semana corrida y a la igualdad en materia de remuneraciones, haciendo referencia a su regulación en Chile.

Por su parte, el profesor Jorge Ogalde expuso sobre el proyecto de ley que "crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo", en particular en normas de protección a la maternidad, haciendo una revisión de las principales modificaciones que introduce al actual sistema, su justificación y actual estado de tramitación del proyecto.

### **Charla sobre la Reforma Procesal Civil**

Dentro de las actividades de Extensión de nuestra Facultad, el viernes 9 de septiembre se llevó a cabo una Charla sobre la Reforma Procesal Civil, dirigida a alumnos de las distintas Facultades de Derecho.

En la ocasión, expuso el Juez del segundo Juzgado Civil de Concepción, Sr. Camilo Álvarez Órdenes, quien explicó de manera didáctica el procedimiento y tramitación de los asuntos civiles de su competencia, dando la posibilidad de que los alumnos conocieran materialmente los expedientes, además de transmitirles su experiencia como magistrado. Luego explicó algunos aspectos del proyecto de Reforma Procesal Civil, haciendo un paralelo con el procedimiento actual, y explicando la forma de trabajo de la comisión en el proyecto.

La actividad contó con la asistencia de algunos profesores y numerosos estudiantes de distintas promociones y de distintas Facultades de Derecho, quienes participaron activamente y demostraron un gran interés por el tema tratado.

### **Ciclo de charlas de Derecho Público**

Nuestra Facultad organizó durante el segundo semestre un ciclo de charlas de Derecho Público, a cargo de destacados docentes de la carrera y dirigido a estudiantes de las distintas Facultades de Derecho de la Región. El jueves 1 de septiembre se dio inicio al programa con una exposición de la profesora y Directora de Carrera Bárbara Ivanschitz, quien expuso sobre "Los grandes errores judiciales de la historia".

La segunda charla se llevó a cabo el jueves 08 de septiembre, a cargo del profesor Sr. Miguel Maritano, quien abordó el tema de la "Participación de la ONU en la reestructuración de Haití". Por último, el jueves 29 de septiembre tuvo lugar una exposición titulada "La Corte Internacional de Justicia y el conflicto marítimo chileno-peruano", a cargo del profesor Sr. Alejandro Enríquez.

## **Charla “Participación de la ONU en la reestructuración de Haití”**

El catedrático de Derecho Internacional Público, Abogado, Oficial de Justicia del Ejército de Chile y Asesor jurídico del Contingente Nacional Chileno en la Misión de Paz de las Naciones Unidas para la estabilización de Haití, Sr. Miguel Maritano Vásquez, dictó el jueves 06 de octubre una interesante charla denominada “Participación de la ONU en la reestructuración de Haití”.

En la ocasión, el docente expuso sobre el rol que ha jugado la participación de la Organización de las Naciones Unidas en la República de Haití, por medio de su misión de paz. En este ámbito abordó los problemas históricos y políticos que llevaron a su crisis institucional, económica y humanitaria, y que motivaron la decisión de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a intervenir con fuerzas armadas multinacionales para su estabilización.

Además, explicó cómo opera el sistema jurídico internacional y nacional para el desarrollo de este tipo de misiones y las funciones que desarrolla el Estado de Chile como miembro integrante de la misión. Finalmente, abordó el estado de avance en el desarrollo del país y los desafíos futuros de las Naciones Unidas y del Estado de Chile en el país caribeño.

## ***Seminario “Libertad de contratación en las Sociedades por Acciones SPA”***

El martes 11 de octubre, la Facultad de Derecho organizó un seminario denominado “Libertad de contratación en las Sociedades por Acciones”, que tuvo por objeto dar a conocer las ventajas relativas a la constitución de una SPA.

En esta oportunidad expuso el Sr. Gabriel Rioseco Enríquez, abogado y profesor de los Programas de Postgrado de nuestra Facultad, quien hizo un interesante análisis de las fuentes de esta nueva normativa, su objetivo y características. Además hizo referencia y analizó los alcances de los diversos pactos que pueden ser establecidos libremente por los socios.

## **Seminario “El daño en la responsabilidad civil: situación actual en Chile y perspectivas en Francia”**

El martes 25 de octubre, en el auditorio principal de nuestra casa de estudios, se realizó el Seminario “El daño en la responsabilidad civil: situación actual en Chile y perspectivas en Francia”, actividad organizada por la Facultad de Derecho, dentro del proyecto Ecos Conicyt y patrocinada por la Asociación Henri Capitant.

En la ocasión expusieron los profesores Dr. Denis Mazeaud, Doctor de Estado y Agregado de Derecho Privado, profesor de Derecho Privado Université

Panthéon-Assas (Paris II), Presidente de la Asociación Henri Capitant; Dra. Carmen Domínguez Hidalgo, abogada, profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho Comparado y Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid-España; Dr. Ramón Domínguez Águila, abogado, Director Académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Doctor en Derecho Universidad de Toulouse, Francia; y Sr. Bruno Caprile Biermann, abogado, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Magíster en Derecho Privado General, Universidad de París II, Francia.

Esta actividad se inició con un saludo de nuestro Decano, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, para luego dar inicio al primer módulo, en el cual el profesor Mazeaud analizó "La reforma del derecho francés de la responsabilidad". Luego, la profesora Domínguez realizó una interesante exposición sobre "La reparación integral del daño en Chile". En el segundo módulo expuso el profesor Ramón Domínguez acerca de "Las formas de reparación y reparación de la lesión" y el profesor Caprile acerca del "Desarrollo de la reparación convencional y los daños punitivos". Al finalizar cada módulo el público asistente dirigió sus preguntas a los expositores.

Esta actividad se realizó con traducción simultánea y contó con numerosos asistentes, quienes manifestaron su satisfacción por la calidad de las exposiciones.

#### **IV. Programas de Postgrado de la Facultad**

El 2 de diciembre de 2011 concluyó el año lectivo correspondiente al décimo quinto año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción, con 34 alumnos en primer año y 19 en segundo año del Magíster en Derecho de la Empresa. A ellos se sumaron otros 33 alumnos que participaron en otros programas más breves, como postítulo, diplomados o cursos.

A partir del año 2012, los alumnos que cursen el segundo año del Magíster en Derecho de la Empresa podrán optar en las asignaturas a cursar para obtener una mención general o bien en derecho tributario o derecho laboral, todo lo cual redundará en una abundante oferta de cursos y programas que esperamos sean de interés de quienes se dedican a las ciencias jurídicas.





**Libros, resúmenes  
y reseñaciones**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho





## “La Resistencia de las Constituciones Nacionales”

De **Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton.**  
New York, Cambridge, University Press, 2009.

COMENTARIO DE:

**Sergio Verdugo R.**

Máster en Derecho

Universidad de California, Berkeley

Magister en Derecho Público

Pontificia Universidad Católica

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas

Universidad del Desarrollo

Profesor de Derecho Constitucional e investigador

Centro de Justicia Constitucional

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

El libro que comentaré es producto del “Proyecto de Constituciones Comparadas” (*Comparative Constitutions Project*) que los autores del mismo iniciaron hace algunos años<sup>1</sup>. Se trata de un proyecto de investigación que explora las fuentes y consecuencias de las diversas opciones de diseño institucional que las Constituciones y los constituyentes derivados implementan<sup>2</sup>. Es una investigación empírica que recogió datos relevantes relacionados con las Constituciones escritas (no consuetudinarias) de Estados independientes (no federados) entre los años 1789 y 2005. Se trata de un universo amplio, que comprende la existencia de 935 sistemas constitucionales diferentes, dentro de más de 200 Estados distintos<sup>3</sup>.

El propósito de los investigadores que lideran este proyecto es ambicioso: entregar antecedentes que permitan influir en el diseño de reformas constitucionales y en la creación de nuevas Constituciones en el Derecho Comparado. Los resultados están a la vista en sus sitios web, y son promisorios. En efecto,

<sup>1</sup> Zachary Elkins es profesor del Departamento de Gobierno de la Universidad de Texas, Austin. Tom Ginsburg es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y autor del influyente libro (2003) *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian cases*, Cambridge University Press. James Melton es profesor e investigador en las áreas de economía y cambio institucional, del IMT Instituto de Estudios Avanzados de Lucca, Italia.

<sup>2</sup> Véase la página web de este proyecto: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/>. Véase también una página relacionada de importancia: <http://www.constitutionmaking.org/>

<sup>3</sup> Los autores aseguran haber identificado un universo completo, y no sólo una muestra razonable (p. 9).

la base de datos ha servido de antecedente para la redacción de alrededor de trece artículos publicados y seis documentos de trabajo<sup>4</sup>, pero nunca había sido utilizada en su plenitud hasta antes de este libro.

Este libro es la primera obra que extrae conclusiones basadas en el análisis completo de la encomiable base de datos que el proyecto construyó, lo que constituye un aporte importante al estudio de la teoría de la Constitución, la economía política y la ciencia política institucional. No se trata, como dicen los autores, de un “esfuerzo modesto para traer el problema de la resistencia constitucional al primer plano” (p. 10), sino que todo lo contrario. Es un trabajo con visión de largo plazo, que probablemente se convertirá en una obra de lectura obligatoria para todo interesado en teoría constitucional.

Cabe hacer presente que el concepto de Constitución que los autores usan es limitado, ya que él se restringe al documento que contiene el texto constitucional y no al sistema constitucional material, lo que trae como consecuencia una debilidad probablemente inevitable de la investigación, cuestión que los propios autores reconocen. “Ciertamente, no todo lo que es constitucional está escrito, y no todo lo que está escrito es constitucional” (p. 36). Parece sensato, no obstante, simplificar el objeto de estudio para conveniencia de la investigación, y también parece razonable, por consiguiente, que los lectores no extiendan los resultados del estudio a cualquier sistema constitucional doméstico sin considerar sus particularidades específicas.

El propósito de los autores se enmarca dentro de las razones que explican la duración (y resistencia) de las Constituciones en el tiempo. Para ese efecto, distinguen dos tipos de variables: las endógenas y las exógenas a las Constituciones. Por un lado, los factores endógenos consisten en los arreglos institucionales que el constituyente diseña, tales como el quórum de reforma constitucional, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad y la densidad normativa de sus disposiciones, entre otros. Por su parte, las variables exógenas a las Constituciones son aquellas originadas por condiciones políticas y sociales independientes del texto<sup>5</sup>.

El argumento central del libro es que las variables endógenas a las Constituciones son relevantes, sin negar la importancia de los factores exógenos. La tesis del libro es que Constituciones más flexibles, que además tengan altos niveles de inclusión política y social, y que proporcionen algún grado de detalle y espe-

<sup>4</sup> Véase <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/publications.htm>

<sup>5</sup> Los autores las denominan “*environmental factors*”. Los autores tratan ejemplos como: los cambios territoriales (pp. 111-112), los efectos de procesos políticos de países influyentes para la realidad local (pp. 112-113), el cambio de régimen (pp. 114-115), los cambios de liderazgos (pp. 115-116), los conflictos y consensos dentro de un Estado (pp. 116-117) y entre Estados (pp. 117-119) las crisis económicas y el desarrollo (p. 119) y los legados históricos (p. 120).

cificidad normativa, tienden a durar más. Los arreglos institucionales elegidos por el constituyente sí son, bajo la evidencia, relevantes.

Los autores aceptan la premisa de que es deseable que las Constituciones tengan una alta duración en el tiempo<sup>6</sup>, cuestión que, si bien es probablemente compartida por una mayoría de constitucionalistas y científicos políticos (me incluyo), no es un punto pacífico entre los autores<sup>7</sup>. Recuérdese que el mismo Thomas Jefferson proponía que las Constituciones debían durar 19 años, porque “los muertos no deben gobernar a los vivos” (p. 1). Ello se debe a que “la tierra le pertenece a los vivos y no a los muertos” y a que “por la ley de la naturaleza, una generación es a otra como una nación independiente a otra”<sup>8</sup>. Por lo mismo, resulta interesante que los autores del libro que comento hayan decidido comenzar el libro analizando y actualizando el viejo debate entre Thomas Jefferson y James Madison, y revisando sus implicancias empíricas bajo los datos obtenidos en su investigación (pp. 12-35). Mientras el primero de ellos era partidario de que las Constituciones duraran 19 años, el segundo defendía la duración y estabilidad indefinida de las Constituciones<sup>9</sup>.

Curioso resulta que lo que para Jefferson era una cuestión deseable (los 19 años de duración constitucional) coincida con la evidencia de que las Constituciones duren en promedio esa cantidad efectiva de años (p. 129). Otra evidencia interesante que se presenta es que la edad más riesgosa de mortalidad (*hazard rate*) para las Constituciones se alcanza a los 17 años (p. 129), y la menos peligrosa se presenta a los 50 años (p. 131).

Las variables endógenas que los autores proponen para explicar la longevidad de la Constitución se derivan de una teoría más general de “renegociación

<sup>6</sup> Aceptan que, en ocasiones, reescribir la Constitución puede producir efectos terapéuticos en la ciudadanía y que existen Constituciones que debieran ser reemplazadas por estar capturadas por grupos estrechos (p. 209). También entregan datos que vinculan la longevidad de las Constituciones con la democracia y la estabilidad política (pp. 31-32).

<sup>7</sup> Véase por ejemplo la propuesta de Allan C. Hutchinson y de Joel Colon-Rios, bajo la cual la democracia consiste en una participación popular frecuente donde las bases mismas del sistema político deben estar sujetas a la deliberación pública. A ellos no les preocupa la estabilidad del sistema constitucional, sino que su capacidad para estimular la participación democrática. Ante la tensión entre constitucionalismo y democracia, los autores se muestran partidarios de un “constitucionalismo débil al servicio de una democracia robusta”, para lo cual proponen la realización continua de asambleas constituyentes y plebiscitos. Véase HUTCHINSON y COLON-RIOS (2011) pp. 437-460. No comparto la visión de Hutchinson y de Colon-Rios, entre otras razones, porque me parece conveniente distinguir entre política ordinaria y la política constitucional, en circunstancias que el argumento de estos autores destruye esa distinción. Estoy de acuerdo en que el ámbito de la política constitucional debe ser limitado, pero la confusión absoluta entre ambos tipos de política (la constitucional y la ordinaria) pone en riesgo las bases de la democracia deliberativa en la que creo.

<sup>8</sup> Véase una buena explicación de la opinión de Jefferson en el trabajo de HOLMES (1999)

<sup>9</sup> Sin perjuicio de que las fuentes centrales de este debate estén en el intercambio de correspondencia entre ambos estadistas, resulta un lugar común en el derecho norteamericano citar la preocupación por la estabilidad constitucional del *paper* de El Federalista N° 49, de 5 de febrero de 1788, escrito por Alexander Hamilton o James Madison.

constitucional" que se propone para explicar la longevidad de las Constituciones (véase en especial el capítulo 4). Se trata de una suerte de concepción *neocontractualista* que visualiza a las Constituciones como acuerdos entre partes interesadas (políticos, grupos de interés, etc.) y que tiene una clara influencia de la ciencia política institucional norteamericana moderna (*positive political theory*). Si las partes interesadas se sienten seguras del acuerdo, entonces preferirán seguir vinculadas por él mismo (por eso, las Constituciones inclusivas tienden, en teoría, a durar más), pero si alguna de ellas no está segura, entonces buscará renegociar mediante reformas o cambios constitucionales cuando los costos de hacerlo sean bajos. En esta teoría, es importante revisar algunos factores lógicos, como la capacidad del acuerdo para resistir violaciones y si el mismo puede actualizarse fácilmente; y además deben considerarse elementos como los problemas de asimetrías de información y de *enforcement*.

Los riesgos a que está sometida la negociación o renegociación constitucional son examinados en el capítulo 5, y pueden clasificarse en riesgos de diseño institucional (variables endógenas) y riesgos externos (exógenos). El libro se centra, como ya adelanté, en examinar el impacto de los riesgos endógenos, que se convierten en tres criterios útiles para medir la teoría general. Los criterios son: (1) la especificidad, (2) la inclusión y (3) la flexibilidad.

La primera variable (1) es la especificidad. Se argumenta que a mayor nivel de especificidad de la Constitución, mayor longevidad tendrá la misma. Los autores distinguen dos cuestiones: el número de materias que la Constitución regula, los ámbitos de aplicación de la misma (*scope*) y el detalle con que el texto pretende regular (*detail*) (p. 103). El argumento central consiste en que una mayor especificidad constitucional facilita la implementación de los acuerdos políticos de los constituyentes. La especificidad muestra mayores grados de negociación de las partes del pacto constitucional, lo que contribuye a solucionar y prevenir conflictos. Una Constitución que regula poco, o que contiene muchas normas de textura abierta, delega la solución de los problemas en la interpretación constitucional futura, lo que puede desencadenar conflictos.

El argumento es provocador en el contexto del constitucionalismo moderno, el que ha preferido Constituciones breves y básicas que se limiten a regular cuestiones medulares, como lo hace la primera Carta Fundamental escrita: la de los EE.UU.<sup>10</sup>. Sin embargo, el argumento es algo más sofisticado, porque los autores condicionan el punto a la existencia de un efectivo y profundo diálogo

<sup>10</sup> Cabe hacer presente que, como explica Yaniv Roznan, la Constitución de los EE.UU. es un caso de Constitución duradera (la Carta Fundamental escrita más antigua del mundo) que resulta contradictorio con los resultados generales y recomendaciones que el libro de Elkins, Ginsburg y Melton contiene: se trata de una Constitución diseñada por una elite exclusiva (compromete la segunda variable), muy rígida en sus normas de modificación (altera la tercera variable) y relativamente vaga en sus contenidos normativos (contradiendo la primera variable). ROZMAN (2011) pp. 647-651.

constitucional previo. Por lo demás, ellos reconocen que la especificidad debe constituirse en un marco claro para el desenvolvimiento de la política y no en una manera de determinar políticas públicas rígidas (p. 208). Esta segunda forma de ver la especificidad podría generar un efecto opuesto indeseado, y entonces la visión más tradicional algo de razón tendría.

Los datos tienden a apoyar relativamente el argumento de los autores, quienes terminan por relativizar la importancia del *scope*, aunque notan que aquellas Constituciones con mayores niveles de *scope* tienen expectativas de vida que duplican (o más) a las otras (p. 141). Por su parte, las Constituciones más detalladas en su texto alcanzan una longevidad de alrededor de 80 años, mientras que las opuestas alcanzan "bajas edades adolescentes" (p. 141). Los autores concluyen que la especificidad es relevante en la medida en que ella no sea sólo texto, sino también en que ella efectivamente "refleje los resultados de un proceso de negociación significativo" (p. 211). Sólo así se eludirán conflictos futuros.

Los datos tomados por los autores consideran la extensión de materias que las Constituciones regulan y la cantidad de texto que ellas contienen, lo que en sí mismo no evidencia la existencia de una deliberación y negociación profunda. Los autores suponen que ella existe cuando se dan estas condiciones, pero el análisis de dicha deliberación lo realizan sólo a propósito de casos limitados.

Una crítica que podría realizarse es que esta variable depende mucho de elementos exógenos que el ambiente político local proporciona. Es cierto que ello debe tener un impacto en el diseño de la Constitución, pero me parece que, en cierta medida, los autores se apartan parcialmente del propósito del libro: demostrar que las variables endógenas de diseño constitucional son relevantes en la longevidad de las Cartas Fundamentales.

La segunda variable (2) es el nivel de inclusión política y social. Se sostiene que el nivel de inclusión que la Constitución es capaz de generar con distintos actores políticos y sociales, tanto en su momento de gestación como durante su aplicación posterior, es un factor relevante cuando se analiza la duración empírica de una Carta Fundamental. A mayor exclusión existente, habrá mayores probabilidades de que la Constitución tenga una vida limitada. La recomendación de los autores, entonces, consiste en realizar una convocatoria amplia.

Los datos que entregan son persuasivos: la vida de la Constitución menos inclusiva es de 14 años, mientras que la vida de la más inclusiva es de 69 (p. 139).

La propuesta de esta variable es, también, provocadora, ya que ella desafía el pensamiento constitucional tradicional por el cual la Constitución debe perseguir la exclusión de grupos de interés que persiguen capturar la regula-



ción. Sin embargo, los autores comparten la preocupación del pensamiento tradicional, ya que reconocen que la inclusión tiene límites. Una inclusión mal entendida, aseguran, puede degenerar en “interminables ciclos de deliberativos desacuerdos” (p. 208).

La tercera variable (3) es la flexibilidad de la Constitución. La flexibilidad es entendida como la capacidad de la Carta Fundamental para responder a cambios sociales y políticos existentes. El concepto de flexibilidad que los autores utilizan es diferente a la tradicional clasificación entre Constituciones flexibles y rígidas propuesta por James Bryce, ya que los autores incorporan no sólo la posibilidad de que la Constitución sea formalmente modificada, sino también el hecho de que ella sea adaptada por la vía de la interpretación judicial<sup>11</sup>. Los autores, sin embargo, no recomiendan una flexibilidad muy alta, ya que ciertos niveles de rigidez son necesarios en ciertas materias. Demasiada rigidez lleva a la Constitución a ser ignorada o, derechamente, derrocada, por lo que parecen simpatizar con la idea de que la Constitución deba aparentar rigidez, pero ser en los hechos flexible, facilitando la distinción entre política ordinaria y política constitucional (p. 210).

El libro expresa que el control constitucional es fundamental para complementar y actualizar la Constitución (p.108), aunque sus efectos en la longevidad de la misma no están muy claros (p. 141). Los autores realizan análisis comparados de casos, intentando demostrar este punto en capítulos que contienen métodos cualitativos (capítulos 7 y 8), aunque esta parte del libro aparece algo débil si se la compara con los enormes aportes que la obra entrega en sus partes anteriores. Se concluye que el control constitucional facilita la aplicación de la Constitución e inhibe las violaciones a la misma, y se reconoce que el control constitucional también colabora con la actualización y modernización de la Constitución. Ambas funciones del control constitucional son importantes en la longevidad de la Carta Fundamental (p. 212). Una debilidad del argumento de los autores consiste en no profundizar más en una teoría de interpretación judicial constitucional, un aspecto muy relevante para el propósito del libro<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Recuérdese la clasificación entre Constituciones flexibles y rígidas propuesta por James Bryce para las Constituciones escritas (las consuetudinarias son siempre, en principio, flexibles) y seguida por una gran parte de la teoría constitucional contemporánea, la que sólo resulta aplicable al proceso formal de reforma constitucional. Bajo esta clasificación, las Constituciones que exigen para su modificación la concurrencia de requisitos más difíciles de observar (como los quórum elevados o la consulta a los parlamentos estatales de una federación), son Constituciones rígidas, mientras las Constituciones que sólo exigen un quórum legislativo similar al que se requiere para aprobar una ley común, son Constituciones más flexibles. Véase BRYCE, (1988). Otro aporte interesante a esta clasificación lo entregó Carl J. Friedrich, para quien la clasificación no explica la estabilidad constitucional, ya que no toda Constitución rígida es “firme”, y existe la posibilidad de que una Constitución flexible sea “firme”. Véase PEREIRA (2006, 2ª edición chilena) pp. 56-57. Lo interesante del libro que comento, es que entrega interesantes datos que demuestran que la firmeza de una Constitución no depende sólo de su flexibilidad formal, sino que de otros elementos significativos que operan en conjunto.

<sup>12</sup> HIRSCHL (2011) p. 779.



Un ejemplo de una Constitución de larga duración y resistencia, en parte gracias a su flexibilidad, es la Constitución india de 1950<sup>13</sup>, la que ha sido modificada más de 100 veces en 60 años, cifra no muy diferente si se la compara con la Constitución chilena de 1980, la que ha sido modificada alrededor de 30 veces en 21 años de vigencia plena<sup>14</sup>. La flexibilidad de la Constitución de la India, sin embargo, ha tenido que ser equilibrada con la pretensión de que la Carta Fundamental no pierda su efectiva supremacía dentro del sistema de fuentes. Por lo mismo, la Corte Suprema ha desarrollado la doctrina de la estructura básica (*basic structure doctrine*), mediante la cual se sometió al poder constituyente derivado a ciertas limitaciones<sup>15</sup>, lo que ha afectado la capacidad del sistema político para generar cambios importantes o radicales en la Constitución.

Como dice un autor crítico, la duración de la Constitución de la India se debe no sólo a sus altos niveles de flexibilidad, especificidad e inclusión, sino que también se debe a la introducción de un mecanismo de protección en contra de cambios radicales<sup>16</sup>, lo que en definitiva altera la variable de flexibilidad, relativizando en cierto sentido las conclusiones de la obra que comento. Como dice otro autor, "fue el poder judicial, no el procedimiento de reforma, el que salvó a India de una dictadura"<sup>17</sup>.

El libro no es perfecto. Podría criticarse la combinación algo cruda de metodologías cuantitativas, comparadas y cualitativas al mismo tiempo; la insistencia en una analogía débil entre la vida de las Constituciones y la vida humana (y la muerte de las Cartas Fundamentales con el divorcio). Asimismo, podrían discutirse ciertas inferencias que no son aplicables a casos especiales donde diversas variables tienen impactos relevantes. Las recomendaciones del libro no son enteramente aplicables a muchos casos especiales, por lo que resulta inevitable, si se quieren aplicar las recomendaciones a Estados concretos, complementar el estudio con información individual que retrate la realidad individual. Los autores reconocen estas dificultades, pero no las superan del todo<sup>18</sup>.

También podría decirse que la sugerencia de los autores relativa a que las Constituciones tienden a durar más en el tiempo cuando se parecen más a leyes ordinarias (p. 211), se encuentra en tensión con la idea de diferenciar a la Constitución de la política ordinaria (no constitucional), pese a que el libro parece ser consciente de dicha tensión. Por ello, ninguna de las variables propuestas es absoluta y todas deben equilibrarse con criterios opuestos: la

<sup>13</sup> Los autores dedican varias páginas al análisis comparado de la Constitución India en su capítulo 7.

<sup>14</sup> Véase <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/leyes-reforma-constitucion>

<sup>15</sup> Desde la sentencia *His Holiness Kesavananda Bharati v. The State of Kerala and Others* (AIR 1973 SC 1461), la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de leyes de reforma constitucional.

<sup>16</sup> Véase KRISHNASWAMY (2010).

<sup>17</sup> ROZNAN (2011) p. 651.

<sup>18</sup> Además, el distinguir entre Constituciones que efectivamente se apliquen en la práctica política y aquellas que son menos obedecidas es una necesidad. Véase la crítica de ROZNAN (2011) pp. 647-651

especificidad con la intención de que no exista excesiva intrusión en el diseño de políticas públicas; la flexibilidad con ciertos niveles de rigidez (formal y/o informal); y la inclusión social y política con aquellos canales de discusión que permitan dar respuestas al fantasma de la eterna deliberación.

Sin embargo, probablemente nadie sostendrá que el libro es un aporte poco significativo para la teoría de la Constitución y la ciencia política institucional moderna<sup>19</sup>. Los autores han puesto números a teorías y han desafiado o confirmado con evidencia posiciones doctrinarias que no habían sido *testeadas* de una manera tan seria. Así, por ejemplo, los autores demuestran que no existe conexión entre la estabilidad y edad de los Estados, con la longevidad de las Constituciones. Estados más viejos no tienen necesariamente Constituciones más antiguas (p. 213).

El trabajo, aunque imperfecto, constituye un avance notable en la metodología constitucional y contribuye con el análisis de datos fundamentales para entender mejor el derecho constitucional comparado<sup>20</sup>. Esto vuelve al libro en una lectura ineludible para quienes están preocupados del diseño de nuevas Constituciones o de reformas constitucionales.

## Referencias

ANDERSON, Leslie (2011) *Book review: The Endurance of National Constitutions by Zachery Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton* [Fecha consulta 18 de octubre del 2011]. Disponible en <http://cps.sagepub.com/content/44/3/364.extract>

BRESLIN, Beau (2010) *Review of Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton's The Endurance of National Constitutions* [Fecha de consulta 18 de octubre del 2011]. Disponible en <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/reviews/2010/02/endurance-of-national-constitutions.html>

BRYCE, James (1988) *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales)

HIRSCHL, Ran (2010) "The Continued Renaissance of Comparative Constitutional Law", *Tulsa Law Review*, vol. 45, pp. 771-780.

HOLMES, Stephen (1999) "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Jon Elster y Rune Slagstad (coords.), *Constitucionalismo y democracia* (México, Fondo de Cultura Económica), pp. 217-262.

<sup>19</sup> Para Ran Hirschl, impresiona el uso de argumentos constitucionales pertinentes y de literatura propia de la ciencia política. El libro abre nuevas líneas de investigación y posibilidades de diseños constitucionales. HIRSCHL (2010) p. 777.

<sup>20</sup> Para Beau Breslin, uno de los mayores aportes del libro es metodológico: la legitimidad de la metodología se logra utilizando variadas fuentes vinculadas a la literatura constitucional. La incorporación de lenguaje cuantitativo y estadístico permite cruzar límites metodológicos que ha sido difícil romper por los estudiosos de teoría constitucional. El libro no deja, para Breslin, de ser un trabajo de teoría constitucional. BRESLIN (2010).

KRISHNASWAMY, Sudhir (2010) *Constitution durability* [Fecha de consulta 19 de octubre del 2011]. Disponible en [http://www.india-seminar.com/2010/615/615\\_sudhir\\_krishnaswamy.htm](http://www.india-seminar.com/2010/615/615_sudhir_krishnaswamy.htm)

PEREIRA, Antonio-Carlos (2006 segunda edición) *Teoría constitucional* (Santiago, editorial LexisNexis).

ROZNAN, Yaniv (2011) "Review of...", *The modern law review*, vol. 74, Issue 4, pp. 647-651.



## **Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico**

De **Raúl Fernández Toledo**

Primera edición

Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2011

COMENTARIO DE:

**Dora Yáñez Terán**

Abogada

A continuación enseño la nueva obra denominada *Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria en el Proceso Laboral*, del abogado don Raúl Fernández Toledo, en la cual el autor mediante un estudio acabado desarrolla la figura y rol del juez en la dirección formal del proceso.

Consabido es que la nueva ley procesal laboral introducida por la Ley N° 20.087, y sus posteriores modificaciones, ha endurecido el rol del juez en la citada dirección.

En este orden de ideas, el autor, junto con analizar de manera detallada la iniciativa probatoria ex officio del juez, la cual encuentra sustento en los artículos 429 y 453 numeral 9 del Código del Trabajo, expone los inconvenientes asociados a este mayor deber-poder del magistrado en la proposición de medios de prueba.

Luego, en relación a la mencionada iniciativa probatoria ex officio del juez, el autor expone y analiza si éste se encuentra conforme o no a la Constitución y a las garantías fundamentales, exponiendo las distintas posturas doctrinales al respecto. También, fundado en la doctrina y legislación, hace un análisis crítico de las normas legales que regulan la iniciativa probatoria judicial en comento. Dicho esto, sigue diciendo que aun cuando se reconozca su debida procedencia, se deben siempre respetar los requisitos de procedencia y las normas que lo regulan en el desenvolvimiento del proceso; por consiguiente, afirma que básico es conocer cada uno de sus requisitos, todos los cuales son desglosados y desarrollados a fondo.

Por su parte, en cuanto a las facultades y deberes del juez en las etapas de admisión de los medios de prueba, explica cómo, a partir de los principios de inmediación y oralidad, el nuevo sistema demanda una presencia protagónica del magistrado en todas las etapas de la prueba, a saber, proposición, admisión, práctica y valoración, para adquirir un correcto convencimiento sobre la verdad o falsedad de los hechos; y que unido al principio constitucional de juridicidad que debe observar el magistrado, como funcionario público, analiza los requisitos que debe cumplir el juez en su actividad probatoria, así como los diferentes instrumentos que disponen las partes para impugnar los actos del juez que vulneran aquellos requisitos.

Así las cosas, en esta obra el autor, a través de los cinco capítulos, analiza y profundiza la actividad probatoria del juez en el proceso laboral, comenzando por sus aspectos generales, continuando con la iniciativa del magistrado en la proposición de fuentes de pruebas, intervención del tribunal en la recepción de la causa a prueba y admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, para finalizar con la intervención del magistrado en la rendición de los medios de prueba admitidos y en la valoración de la prueba.

Ergo, la obra expuesta en razón de su contenido, análisis y desarrollo es un claro aporte tanto para los jueces como para los abogados litigantes que se dedican o se especializan en el derecho laboral. Debemos rescatar el hecho de contar con obras como éstas, cuya única intención es contribuir, por un lado, a una mejor justicia y, por otro, a una defensa menos improvisada y más preparada.

A modo de conclusión, debemos decir que no es fácil poder extractar el contenido de este libro, pues estimamos que abarca de manera completa y clara todos y cada uno de los acápites aludidos a las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral que todo magistrado y abogado litigante debieran tener; por tal motivo, celebramos este estupendo aporte jurídico que de esta materia se hace.



# Índice Revista Ius Publicum N°27/2012

## Escuela de Derecho

### Universidad Santo Tomás

#### ESTUDIOS

**Carlos I. Massini Correas.** *La cuestión de la ley injusta, de Tomás de Aquino a algunos iusfilósofos contemporáneos.*

**Maciej Giertych.** *Criando personas.*

**Mariano R. Brito.** *Singularización de los principios generales en el Derecho Administrativo.*

**Ramiro Mendoza Zúñiga.** *El Derecho Público y sus claves en el año.*

**José Luis Jara Arroyo.** *La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: El caso de las licitaciones en materia de Contrato de Suministro y Prestación de Servicios bajo la Ley N° 19.886.*

**Eduardo Soto Kloss.** 1891. *Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (Segunda Parte).*

**Domingo Valdés Prieto.** *Potestad informa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.*

#### IN MEMORIAM

AICA: Pedro J. Frías (1919-2011)

#### CRÓNICA

*Reflexiones éticas:* MAX SILVA ABBOTT, JORGE H. SARMIENTO GARCÍA, VICENTE MORRO, ÁLVARO FERRER DEL VALLE, CAROLYN MOYNIHAN, CARLOS FRONTAURA R., IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA. *Reflexiones tomistas:* MONS. HÉCTOR AGUER. *Reflexiones fuertes:* GONZALO ROJAS SÁNCHEZ, JOAQUÍN REYES BARROS, MARIO CORREA BASCUÑAN 107-144

#### DOCUMENTOS

S.S BENEDICTO XVI: *Discurso al cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede. Homilía en la Vigilia Pascual en la Noche Santa. Audiencia general (11 de mayo 2011) – Discurso a los participantes en la Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida – Mensaje con ocasión del 150° Aniversario de la unificación política de Italia - Palabras en su visita al Mausoleo de Las Fosas Ardeatinas/Roma.-*

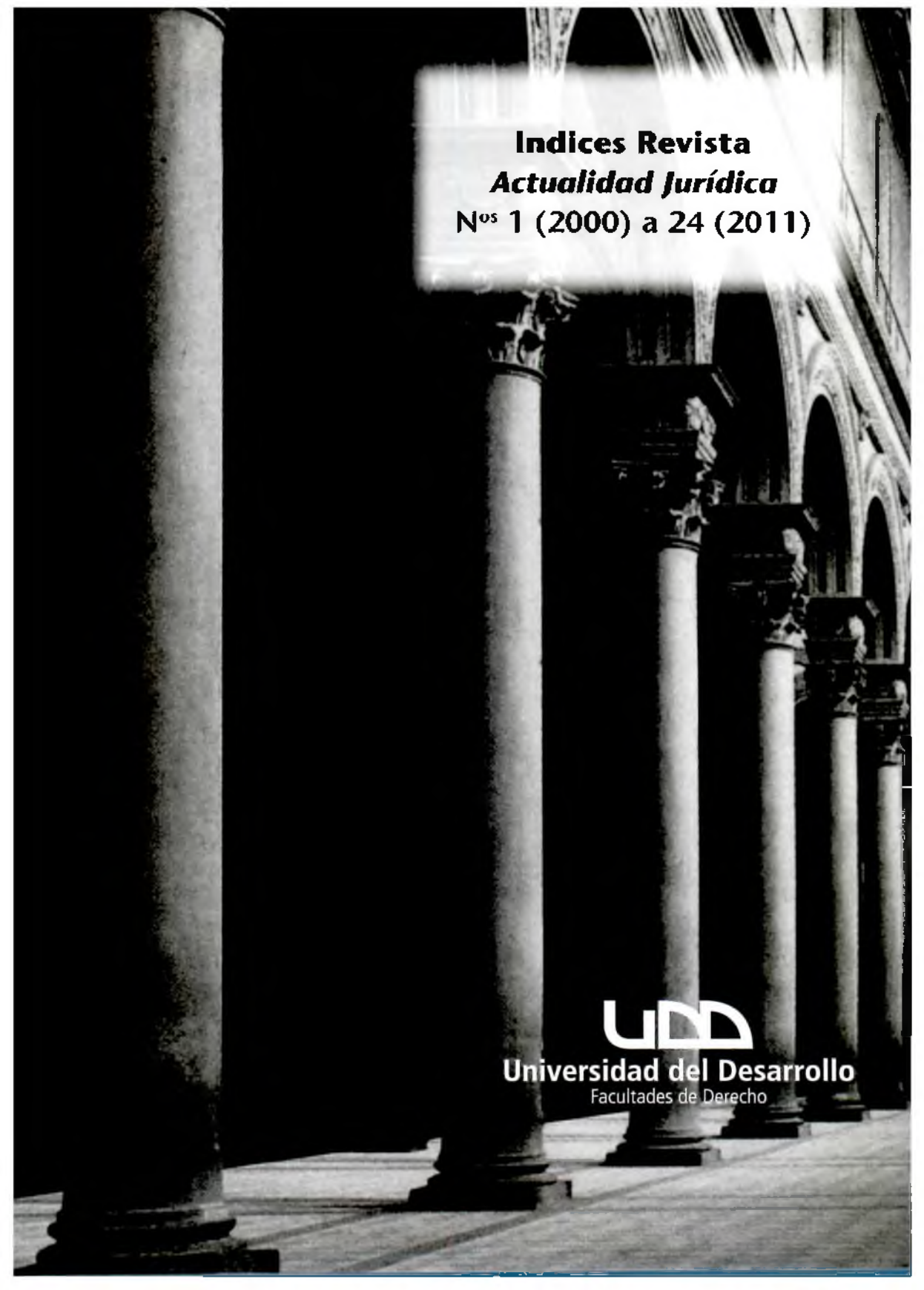
*Discurso a los participantes en la asamblea plenaria de la Congregación para la Educación Católica – Mensaje para la XLV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. Verdad, anuncio y autenticidad de vida en la era digital – Discurso en presentación de credenciales de la nueva embajadora de España ante la Santa Sede – Discurso a la comunidad de la Universidad Católica del Sagrado Corazón.* ALFONSO CARDENAL LÓPEZ TRUJILLO (+) FRANCISCO GIL HELLÍN: *Declaración del Pontificio Consejo para la familia sobre la llamada “reducción embrionaria”.* AICA: *No es discriminatorio negar la adopción a los homosexuales. Declaración de los obispos de Colombia.* TERESA GARCÍA-NOBLEJAS: *Condenados por negarse a sus hijos a clase de educación sexual.* TEREIXA CONSTENLA: *Las atrocidades de la Stasi al descubierto.*

## **JURISPRUDENCIA**

Lautsi y otros c/Italia [GC], N°30814/06, CEDH (18.3.2011) y comentario. “El viraje producido por la CEDH en el caso del crucifijo en las escuelas públicas de Italia: LA puesta en escena de dos modelos jurídico-políticos irreconciliables” (DÉBORA RANIERI DE CECHINI)

Tribunal Constitucional (27.1.2011) sobre “solve et repete”, comentario  
E. Soto Kloss

## **RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS** **RESEÑA DE REVISTAS** **NOTICIAS** **EDICIONES IUS PUBLICUM**



**Indices Revista**  
***Actualidad Jurídica***  
N<sup>os</sup> 1 (2000) a 24 (2011)



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# Índice de la "Revista Actualidad Jurídica" Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo Concepción-Santiago

Números 1 (2000) a 24 (2011)

**PRESENTACIÓN:** *"Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Intervienen en ella tanto la Facultad de Santiago como la de Concepción, ciudad esta última en que nació nuestra casa de estudios."* (Prof. Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago).

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica uno o más dossiers a algunos temas centrales 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:** SR. PABLO RODRÍGUEZ GREZ, Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.

**EDITOR:** SR. HUGO FÁBREGA VEGA.

**REPRESENTANTE LEGAL:** SR. FEDERICO VALDÉS LAFONTAINE, 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 MARTINEZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.

#### **INTEGRANTES:**

Profesor Bruno Caprile Biermann.

Profesor José Díaz de Valdés Juliá.

Profesora Cecily Halpern Montecino.

Profesor Mario Rojas Sepúlveda.

Profesor 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://derecho-ccp.udd.cl/derecho/trabajos-y-publicaciones/revista-actualidad-juridica/>

Haciendo click en "Revista Actualidad Jurídica".

**RECEPCIÓN DE COLABORACIONES ACADÉMICAS:** *Actualidad Jurídica* está abierta a recibir colaboraciones académicas de los profesores y especialistas en las distintas áreas del estudio jurídico. Dichos aportes pueden ser dirigidos a:

CONCEPCIÓN: Prof. Bruno Caprile Biermann

SANTIAGO: Prof. Hugo Fábrega Vega.

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la revista no serán devueltos a los autores.

**ISSN N° 0717-5914**

**VENTAS Y SUSCRIPCIONES:** Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO:**

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-2268690, Fax 56-41-2268669, 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:

(C) Comentario de Jurisprudencia

(R) Recensión

(H) Semblanzas y homenajes

(S) Separata

(VA) Vida Académica

# Índice por materias

## A. Estudios

### 1. Historia y Filosofía del Derecho

#### 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.

#### Historia del Derecho Europeo

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.

#### 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.

#### Historia de los derechos indígenas

#### Historia de los derechos patrios hispanoamericanos

#### 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.

### 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.

HECKER PADILLA, Carlos, *Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos*, N° 23, 2011, 395.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del *Ius Publicum Europaeum**, N° 13, 2006, 343.

### 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.

### 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.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel*, N° 24, 2011, 173.

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*, Nº 3, 2001, 149.
- MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, Nº 10, 2004, 27.
- QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Nº 18, 2008, 371.
- RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, Nº 17, 2008, 433.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, Nº 10, 2004, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, Nº 6, 2002, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, Nº 9, 2004, 175.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, Nº 6, 2002, 45.
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, Nº 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, Nº 10, 2004, 83.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, Nº 6, 2002, 13.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, Nº 7, 2003, 263.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, Nº 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, Nº 1, 2000, 95.
- Pensamiento Jurídico**
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, Nº 3, 2001, 21.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, Nº 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*, Nº 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*, Nº 16, 2007, 65.
- CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, Nº 4, 2001, 257.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, Nº 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.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes*, N° 24, 2011.

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.

### **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.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Una experiencia de examen de casos*, N° 22, 2010, 167.

## 2. Derecho Público

### Derecho Político

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Contra-razones de la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno*, N° 22, 2010, 497.

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.

### 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)*, Nº 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*, Nº 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, Nº 13, 2006, 11.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, Nº 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, Nº 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, Nº 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, Nº 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, Nº 10, 2004, 117.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, Nº 13, 2006, 25.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, Nº 20, 2009, 635.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas*, Nº 23, 2011, 435.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, Nº 17, 2008, 165.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, Nº 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, Nº 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, Nº 4, 2001, 241.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?*, Nº 24, 2011, 155.

- 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*, Nº 6, 2002, 75.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, Nº 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, Nº 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, Nº 13, 3006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, Nº 2, 2000, 165.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, Nº 1, 2000, 117.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, Nº 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*, Nº 18, 2008, 69.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, Nº 20, 2009, 35.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, Nº 17, 2008, 163.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, Nº 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 4º de la Ley Chilecompra*, Nº 21, 2010, 225.
- DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, Nº 4, 2001, 57.
- FELIÚ SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, Nº 1, 2000, 71.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, Nº 17, 2008, 175.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, Nº 4, 2001, 107.

- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso*, N° 24, 2011, 371.
- 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.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Constitucionalización del derecho*, N° 22, 2010, 9.
- 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 Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno)*, N° 22, 2010, 5.
- 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.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley N° 20.500 de 2011*, N° 24, 2011, 85.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las asociaciones gremiales*, N° 22, 2010, 155.
- 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, *Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*, N° 22, 2010, 55.

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.

### **Derecho Administrativo**

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, N° 24, 2011, 69.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, N° 21, 2010, 387.

ALVEAR TELLEZ, Julio, *Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna*, N° 23, 2011, 69.

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.
- 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.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, N° 23, 2011, 109.
- ENTEICHE 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.



VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile*, N° 23, 2011, 383.

### **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., *Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur*, N° 24, 2011, 133.

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.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos*, N° 24, 2011, 259.

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.

HECKER PADILLA, Carlos, *El acceso a la justicia y la inversión extranjera*, N° 22, 2010, 205.

- MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos*, Nº 21, 2010, 71.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, Nº 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, Nº 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*, Nº 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, Nº 8, 2003, 57.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, Nº 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, Nº 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, Nº 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, Nº 8, 2003, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema, la crisis del derecho internacional)*, Nº 8, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, Nº 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdicción*, Nº 1, 2000, 55.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, Nº 11, 2005, 281.

#### **Derecho del Medio Ambiente**

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, Nº 16, 2007, 171.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, Nº 22, 2010, 429.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, Nº 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos*, Nº 23, 2011, 193.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE*, Nº 22, 2010, 411.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabčíkovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, Nº 14, 2006, 179.
- 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*, Nº 19, 2009, 651.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, Nº 7, 2003, 425.
- RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula, y BUSTOS PEÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, Nº 23, 2011, 229.
- VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia*, Nº 21, 2010, 89.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Nº 24, 2011, 355.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, Nº 22, 2010, 377.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, Nº 21, 2010, 49.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, Nº 23, 2011, 281.

### Derecho Penal

- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, Nº 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, Nº 16, 2007, 107.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, Nº 7, 2003, 359.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley Nº 20.253 en materia de reincidencia*, Nº 18, 2008, 491.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Cabén la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, Nº 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.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile*, N° 23, 2011, 259.
- 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.
- PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación*, N° 23, 2011, 313.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.

### **3. Derecho Privado**

#### **Derecho Civil**

- ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno*, N° 24, 2011, 239.
- 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.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los hechos jurídicos*, N° 22, 2010, 457.
- 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.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen*, N° 24, 2011, 209.
- 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.

- RABAT CELIS, Fernando José, y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación*, N° 24, 2011, 227.
- 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 extracontractual del Estado)*, N° 23, 2011, 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, *Responsabilidad profesional*, N° 22, 2010, 103.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado*, N° 23, 2011, 9.

- 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, *¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?*, N° 23, 2011, 161.
- 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.

- SCHMIDT HOTT, Claudia, *Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años*, N° 24, 2011, 123.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separata N° 16, 2007, 65.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
- VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austriaca 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 reconvencción*, N° 6, 2002, 327.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado*, N° 19, 2009, 33.

## **Derecho Comercial**

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
- GÓMEZ 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, *El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas*, N° 23, 2011, 355.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, N° 17, 2008, 371.
- OBORG 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.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *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*, N° 22, 2010, 181.

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, *Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales*, N° 24, 2011, 387.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, N° 21, 2010, 515.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena*, N° 23, 2011, 139.

## **Derecho Minero**

### **Derecho de Aguas**

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.

MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.

### **Derecho urbano**

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.



## 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.

## Derecho Internacional Privado

CORNELOUP, Sabine, *Lo no mercantil en el derecho internacional privado*, N° 24, 2011, 325.

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

### 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.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?*, N° 21, 2010, 403.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez*, N° 19, 2009, 397.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Diez reformas a la administración de justicia*, N° 24, 2011, 11.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial)*, N° 17, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia)*, N° 24, 2011, 3.
- 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.

#### **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.
- DELGADO CASTRO, Jordi, *El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*, N° 22, 2010, 361.
- 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.
- OSBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.
- OSBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OSBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OSBERG YÁÑEZ, Héctor, *Protección de datos de carácter personal*, N° 23 2011, 375.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, Nº 17, 2008, 49.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 Nº 6 – 348 bis C.P.C.), Nº 18, 2008, 239.
- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, Nº 5, 2002, 47.
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, Nº 14, 2006, 25.
- PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, Nº 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?*, Nº 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*, Nº 21, 2010, 451.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria*, Nº 21, 2010, 407.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, Nº 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma procesal civil)*, Nº 5, 2002, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, Nº 20, 2009, 143.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, Nº 22, 2010, 315.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, Nº 15, 2007, 41.
- ROMERO SEQUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, Nº 20, 2009, 163.
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, Nº 5, 2002, 53.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, Nº 5, 2002, 349.

#### **Derecho Procesal Penal**

- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, Nº 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.
- BERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- BERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- BERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- BERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- BERG 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**

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241*, N° 23, 2011, 453.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino*, N° 22, 2010, 307.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica*, N° 21, 2010, 317.

BERNSTEIN PORCILE, Benjamín, *Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455*, N° 23, 2011, 345.

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 económica 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*, Nº 10, 2004, 209.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, Nº 1, 2000, 89.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, Nº 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, Nº 8, 2003, 241.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, Nº 5, 2002, 187.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, Nº 5, 2002, 123.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, Nº 20, 2009, 801.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley Nº 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, Nº 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, Nº 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, Nº 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, Nº 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, Nº 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, Nº 14, 2006, 285.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, Nº 11, 2005, 175.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, Nº 17, 2008, 257.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, Nº 21, 2010, 255.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*, Nº 22, 2010, 263.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, Nº 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.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundametal del derecho corporativo*, N° 22, 2010, 215.
- 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, 2008, 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.
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*, N° 22, 2010, 237.
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho Comparado*, N° 24, 2011, 297.

## **6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

### **Derecho del Trabajo General**

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo C., *problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios*, Nº 23, 2011, 423.

CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, Nº 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*, Nº 13, 2006, 315.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto*, Nº 24, 2011, 49.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, Nº 2, 2000, 103.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, Nº 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*, Nº 20, 2009, 215.

THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, Nº 4, 2001, 261.

### **Derecho del Trabajo Individual**

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"*, Nº 24, 2011, 273.

FÁBREGA VEGA, Hugo, y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, Nº 20, 2009, 697.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, Nº 19, 2009, 493.

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, Nº 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, Nº 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, Nº 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.

### **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 fuera*, N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Nogue, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos, y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.

### **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.

OSBERG YÁÑEZ, 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.

### 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

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2010*, N° 22, 2010, 543.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2010*, N° 23, 2011, 561.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2011*, N° 24, 2011, 439.

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) 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.

<sup>1</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

- 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<sup>2</sup>*, 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.

<sup>2</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301.
- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425.
- 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 ENRÍQUEZ, Gabriel, *Inauguración del año académico, Facultad de Derecho, (Sede Concepción)*, N° 23, 2011, 575.
- 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*, Nº 17, 2008, 529.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008*, Nº 18, 2008, 619.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008*, Nº 19, 2009, 779.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009*, Nº 20, 2009, 847.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2009*, Nº 21, 2010, 559.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2010*, Nº 22, 2010, 535.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2010*, Nº 23, 2011, 551.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2011*, Nº 24, 2011, 427.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001*, Nº 4, 2001, 441.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001*, Nº 5, 2002, 325.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002*, Nº 6, 2002, 333.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002*, Nº 7, 2003, 455.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003*, Nº 8, 2003, 333.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Nº 2, 2000, 371.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del jurista*, Nº 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*, Nº 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 intimidación*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario*, rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2010, N° 23, 2011, 531.
- 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 PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental*, rol N° 396-2009, N° 24, 2011, 405.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, y LEIVA SALAZAR, Felipe, *Corte Suprema, Caso Central Termoelectrónica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones*, rol N° 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, N° 23, 2011, 513.
- 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.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)*, rol N° 1710/2010, N° 23, 2011, 463.
- 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 Nº 681-2006, de 26 de marzo de 2007, Nº 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, Nº 20, 2009, 837.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral*, Corte Suprema, 21 de abril de 2010, Nº 22, 2010, 527.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, Corte Suprema, 28 de septiembre de 2006, Nº 15, 2007, 325.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral*, Corte Suprema, Cosación, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, Nº 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, Nº 15, 2007, 297.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, Nº 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, Nº 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 Rodomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, Nº 11, 2005, 307.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, Nº 6, 2002, 319.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, Nº 4, 2001, 405.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral*, 25 de septiembre de 2010, Nº 23, 2011, 491.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, Nº 19, 2009, 683.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, Nº 18, 2008, 567.

- HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema, Adrian con Comdítex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593.
- MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423.
- BERG YÁÑEZ, Héctor, *Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de Procedimiento Civil (sic)*, *Corte de Apelaciones de Concepción*, sentencia de protección rol 356-2009, de 7 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 541.
- BERG 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 justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural, de Gonzalo Ibáñez Santa María*, N° 24, 2011, 451.
- 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 20 (2010)*, N° 21, 2010, 607.
- 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, 559.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonte*, 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 Noguera, N° 16, 2007, 525.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 12, 2005, 251.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 6, 2002, 479.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 15, 2007, 357.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, y YÁNEZ TERÁN, Dora, *La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales*, de Varios Autores, N° 23, 2011, 595.
- 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° 15, 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.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 24-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 22, 2010, 555.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 25-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 23, 2011, 599.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 26-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 24, 2011, 457.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Bena-dava Cattán*, N° 1, 2000, 333.
- GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benaven-te*, 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 Noguera, N° 11, 2005, 341.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565.
- MALDONADO F., Francisco, "*Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*", de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F., N° 23, 2011, 587.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, "*Derecho procesal penal chileno*" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, N° 17, 2008, 587.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral*, de Julio Salas Vivaldi, N° 3, 2001, 369.
- 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 jurídico*, 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, *Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo*, de William Thayer Arteaga, N° 22, 2010, 551.
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, 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, Opinión ciudadana ante la emergencia*, N° 11, abril de 2010.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones*, N° 12, julio de 2011.

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

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241*, N° 23, 2011, 453.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino*, N° 22, 2010, 307.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno*, N° 24, 2011, 239.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, N° 24, 2011, 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.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo C., *problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios*, N° 23, 2011, 423.
- 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 intimidación*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Contra-razones de la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno*, N° 22, 2010, 497.
- 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 moribunda y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural*, de Gonzalo Ibáñez Santa María, N° 24, 2011, 451. (R).
- 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, *El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario, rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2010*, N° 23, 2011, 531. (CJ).
- 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, *Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel*, N° 24, 2011, 173.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, de Miguel Ayuso T., N° 15, 2007, 353. (R).
- ALVEAR TELLEZ, Julio, *Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna*, N° 23, 2011, 69.
- 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 Bossa 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 20 (2010)*, N° 21, 2010, 607. (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, 559. (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.
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2010*, N° 22, 2010, 543. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2010*, N° 23, 2011, 561. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2011*, N° 24, 2011, 439. (VA).
- 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 Nº 505-06, 6 de marzo de 2007, Nº 16, 2007, 423. (CJ).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, Nº 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, Nº 17, 2008, 467. (CJ).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, Nº 16, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, Nº 4, 2001, 379.
- ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, Nº 20, 2009, 729.
- ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, Nº 8, 2003, 31.
- AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, Nº 14, 2006, 67.
- BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, Nº 10, 2004, 79.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, Nº 7, 2003, 293.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"*, Nº 24, 2011, 273.
- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, Nº 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación*, Nº 21, 2010, 153.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, Nº 8, 2003, 327.
- BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, Nº 14, 2006, 43.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, Nº 16, 2007, 107.
- BERNSTEIN PORCILE, Benjamín, *Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL Nº 2 introducidas por la ley 20.455*, Nº 23, 2011, 345.
- BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias*, Nº 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 aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497. (CJ).
- 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 PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental*, rol N° 396-2009, N° 24, 2011, 405. (CJ).
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, N° 22, 2010, 429.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, y LEIVA SALAZAR, Felipe, *Corte Suprema, Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones*, rol N° 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, N° 23, 2011, 513. (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., *Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur*, N° 24, 2011, 133.
- 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., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos*, N° 23, 2011, 193.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE*, N° 22, 2010, 411.
- 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 Gabčíkovo-Nagyymaros 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)<sup>3</sup> Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397. (VA).

<sup>3</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*<sup>1</sup>, N° 14, 2006, 307. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *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 hechos jurídicos*, N° 22, 2010, 457.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beaumonde*, N° 13, 2006, 441. (R).

<sup>1</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- 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.
- 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 marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.
- CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.
- CATTAN ATALA, Ángela, y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile*, N° 19, 2009, 403.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas*, N° 23, 2011, 435.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos*, N° 24, 2011, 259.
- 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.
- CORNELOUP, Sabine, *Lo no mercantil en el derecho internacional privado*, N° 24, 2011, 325.
- 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.



- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?*, N° 24, 2011, 155.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)*, rol N° 1710/2010, N° 23, 2011, 463. (CJ).
- 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.
- DELGADO CASTRO, Jordi, *El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*, N° 22, 2010, 361.
- 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 Chilecomptra*, 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.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, N° 23, 2011, 109.
- ENTEICHE 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, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación jurisprudencial en materia laboral*, Corte Suprema, 21 de abril de 2010, N° 22, 2010, 527. (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 YÁNEZ TERÁN, Dora, *La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales*, de Varios Autores, N° 23, 2011, 595. (R).

- FÁBREGA VEGA, Hugo, y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad*, Nº 2, 2000, 383. (VA).
- FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, *Separata Revista Nº 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, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes*, Nº 24, 2011.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, Nº 4, noviembre de 2003. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, Nº 6, julio de 2005. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, Nº 3, mayo de 2003. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción*, Nº 17, septiembre de 2007. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, Nº 5, julio de 2004. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, Nº 7, julio de 2006. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana ante la emergencia*, Nº 11, abril de 2010. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones*, Nº 12, julio de 2011. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, Nº 2, diciembre de 2002. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, Nº 1, octubre de 2002. (S)
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, Nº 1, diciembre de 2007. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, Nº 5, 2002, 359. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, Nº 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° 15, 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, *Ius Publicum* N° 24-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 22, 2010, 555. (R).



- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 25-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 23, 2011, 599. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 26-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 24, 2011, 457. (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.
- FELIÚ 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.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista*, N° 19, 2009, 63. (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 Benavente*, 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 GARCÍA, José Francisco, y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*, N° 22, 2010, 263.
- 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 Noguera, 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 Codeco 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, Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral*, 25 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 491. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 11, 2005, 341. (R).

- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, N° 19, 2009, 683. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto*, N° 24, 2011, 49.
- 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 acceso a la justicia y la inversión extranjera*, N° 22, 2010, 205.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, N° 19, 2009, 139.
- HECKER PADILLA, Carlos, *Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos*, N° 23, 2011, 395.
- 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 (período 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, *Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen*, N° 24, 2011, 209.
- 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, *El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas*, N° 23, 2011, 355.
- 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.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundametal del derecho corporativo*, N° 22, 2010, 215.
- 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.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso*, N° 24, 2011, 371.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile*, N° 23, 2011, 259.
- MALDONADO F., Francisco, *"Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia"*, de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F., N° 23, 2011, 587. (R).
- 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).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.
- 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.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de Procedimiento Civil (sic)*, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de protección rol 356-2009, de 7 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 541. (CJ).
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, N° 19, 2009, 697. (CJ).
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, N° 17, 2008, 49.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *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, *Protección de datos de carácter personal*, N° 23 2011, 375.
- 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. (C).
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.

- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad*, N° 8, 2003, 309.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 393. (R).
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, N° 21, 2010, 493.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación*, N° 23, 2011, 313.
- 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, 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, *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, 2008, 315.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *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*, N° 22, 2010, 181.



- 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.
- RABAT CELIS, Fernando José, y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación*, N° 24, 2011, 227.
- 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, *Inauguración del año académico, Facultad de Derecho, (Sede Concepción)*, N° 23, 2011, 575. (VA).
- 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.
- RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula, y BUSTOS PEÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, N° 23, 2011, 229.
- 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, *Constitucionalización del derecho*, N° 22, 2010, 9.
- 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, *Diez reformas a la administración de justicia*, N° 24, 2011, 11.
- 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 Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno)*, N° 22, 2010, 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 Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia)*, N° 24, 2011, 3.
- 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 extracontractual del Estado)*, N° 23, 2011, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma 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, *Responsabilidad profesional*, N° 22, 2010, 103.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: reforma Procesal Civil)*, N° 5, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo; FUENTES TORRIJO, Ximena; VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.
- 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, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, N° 22, 2010, 315.



- 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 SEGUÉL, 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 contradicтор 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, *¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido*

*mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?*, N° 23, 2011, 161.

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.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Una experiencia de examen de casos*, N° 22, 2010, 167.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La participación ciudadana y el derecho de asociación en la Ley N° 20.500 de 2011*, N° 24, 2011, 85.

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, *Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales*, N° 24, 2011, 387.
- 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 asociaciones gremiales*, N° 22, 2010, 155.
- 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.
- SCHMIDT HOTT, Claudia, *Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años*, N° 24, 2011, 123.
- 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 2009*, N° 21, 2010, 559. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2010*, N° 22, 2010, 535. (VA).

- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2010*, N° 23, 2011, 551. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2011*, N° 24, 2011, 427. (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 "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara N° 16, 2007, 65.
- THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.
- THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.

- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, Nº 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, Nº 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, Nº 9, 2004, 417. (CJ).
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, Nº 18, 2008, 499.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, Nº 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*, Nº 16, 2007, 479. (CJ).
- VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena*, Nº 23, 2011, 139.
- VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia*, Nº 21, 2010, 89.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, Nº 9, 2004, 197.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, Nº 7, 2003, 263.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Nº 24, 2011, 355.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, Nº 22, 2010, 377.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, Nº 21, 2010, 49.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, Nº 23, 2011, 281.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del *Ius Publicum Europaeum**, Nº 13, 2006, 343.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giurídico, de Danilo Zolo*, Nº 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, *Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*, N° 22, 2010, 55.
- 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*, Nº 8, 2003, 333. (VA)
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, Nº 8, 2003, 293.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, Nº 5, 2002, 349.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvencción*, Nº 6, 2002, 327.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado*, Nº 19, 2009, 33.
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*, Nº 22, 2010, 237.
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho Comparado*, Nº 24, 2011, 297.
- VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile*, Nº 23, 2011, 383.
- VV.AA. (Varios Autores), *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Lanerí, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Nº 17, 2008, 544. (R).
- VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, Nº 17, 2008, 560. (R).
- VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, Nº 17, 2008, 549.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, Nº 2, 2000, 371. (VA)
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, Nº 16, 2007, 515. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, Nº 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci*, Nº 2, 2000, 437. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del jurista*, Nº 1, 2000, 307. (VA).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, Nº 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, *Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo, de William Thayer Arteaga*, N° 22, 2010, 551. (R).

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, 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

<b>SUSCRIPCION*</b>	<b>1 AÑO (2 Revistas)</b>	<b>2 AÑOS (4 Revistas)</b>
<b>Nacional</b>	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

**EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Avda. La Plaza 700  
Santiago / Chile.  
Fono 56-2-299 92 71  
Fax: 56-2-299 92 71  
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456  
Concepción / Chile.  
Fono 56-41-268690  
Fax: 56-41-268669  
E-mail: cferrando@udd.cl

**ACTUALIDAD JURIDICA** pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

**UDD**

Universida  
SANTIAGO

BIBLIOTECA UDD SCL



**R013364**